



BUCERIUS LAW SCHOOL
PRESS

Schriftenreihe des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen

BAND II/11

WOLFGANG RÖSING

DIE ENTLASTUNG IM STIFTUNGSRECHT



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

BUCERIUS LAW SCHOOL PRESS

**Schriftenreihe
des Instituts für Stiftungsrecht
und das Recht der Non-Profit-Organisationen**

Herausgegeben von
Rainer Hüttemann · Peter Rawert
Karsten Schmidt · Birgit Weitemeyer

Band II/11

Wolfgang Rösing

Die Entlastung im Stiftungsrecht

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg

Autor:

Wolfgang Rösing

Herausgeber:

Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Prof. Dr. Peter Rawert, Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt,

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

1. Auflage 2013

Herstellung und Auslieferung:

trdition GmbH, Grindelallee 188, 20144 Hamburg

ISBN: 978-3-86381-024-5

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen der Bucerius Law School, Hamburg, wird gefördert durch

Deutsche Bank 

DIE BUCERIUS
LAW SCHOOL IST EINE
GRÜNDUNG DER

 **ZEIT-Stiftung**
Ebelin und Gerd
Bucerius

Meinen Eltern gewidmet

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommertrimester 2012 von der Bucerius Law School, Hamburg, als Dissertation angenommen. Tag der mündlichen Prüfung war der 3. Mai 2012.

Meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Birgit Weitemeyer, danke ich herzlich für die Betreuung dieser Untersuchung, vor allem auch für ihre Geduld und ihr Verständnis für die besonderen Probleme eines „Feierabend- und Wochenend-Doktoranden“. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Karsten Schmidt für das rasch erstellte Zweitgutachten.

Dank schulde ich auch meinen Sozien, allen voran Herrn Prof. Dr. Peter Rawert, die mich immer wieder angespornt haben, die Arbeit abzuschließen, und mir stets als Diskussionspartner hilfsbereit zur Verfügung standen.

Besonders danken möchte ich aber meiner Lebensgefährtin Frau Dr. Pamela Linke und meiner ganzen Familie. Ohne deren Rückhalt und vielfältige Unterstützung wäre die Promotion nicht denkbar gewesen.

Hamburg, im Januar 2013

Wolfgang Rösing

Inhalt

Vorwort

Einleitung

Erster Teil: Die Entlastung im Recht der Verbände

A. Allgemeiner Überblick über die Entwicklung des Rechtsinstituts

B. Zusammenhang zwischen Entlastung und Aufsichtsrechten sowie Rechenschaftspflichten

I. Allgemeine Aufsichts- und Kontrollrechte

II. Besonderheiten bei der Entlastung

C. Zuständigkeit für die Entlastungserteilung

D. Inhalt des Entlastungsbeschlusses

I. Billigung der Geschäftsführung in der Vergangenheit

II. Vertrauensbeweis für die Zukunft

III. Stellungnahme

1. Zur Billigung der Geschäftsführung in der Vergangenheit

2. Zum Vertrauensbeweis für die Zukunft

E. Funktionen der Entlastung im Verbandsrecht

I. Abschluss- und Abgrenzungsfunktion

II. Verbesserung der Kontroll- und Aufsichtsmechanismen

III. Psychologische Wirkungen

F. Rechtsdogmatische Herleitung der Präklusionswirkung

I. Rechtsgeschäftliche Begründungsansätze

1. Entlastung als bloßes Beweismittel

2. Entlastung als Verzicht oder negatives Schuldanerkenntnis

3. Entlastung als einseitige Genehmigungserklärung

4. Entlastung als einseitige Erklärung eigener Art

- 5. Allgemeine Kritik an rechtsgeschäftlichen Begründungsansätzen
- II. Verbot widersprüchlichen Verhaltens
 - 1. Abgrenzung zur Quittung
 - 2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens
 - a. Schaffung eines Vertrauenstatbestands
 - b. Tatsächliches Vertrauen
 - c. Schutzwürdigkeit des Vertrauens
 - d. Rechtsfolge
- III. Stellungnahme

Zweiter Teil: Die Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung

A. Der Begriff der selbstständigen Stiftung

- I. Stiftungszweck
- II. Stiftungsvermögen
- III. Stiftungsorganisation

B. Grundsätzliche Erwägungen zur Anwendung des Rechtsinstituts der Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung

- I. Vergleich der Ausgangs- und Interessenlage
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Bedürfnis nach Entlastung
- II. Für die Entlastung zuständige Gremien
 - 1. Entlastung durch die staatlichen Stiftungsbehörden?
 - a. Entlastung als Aufgabe der staatlichen Stiftungsaufsicht?
 - b. Kritik
 - c. Kompetenz zur Entlastungserteilung aufgrund Ermächtigung in der Stiftungssatzung?
 - d. Ergebnis
 - 2. Entlastung durch den Stifter oder Stiftungsdestinatäre?
 - 3. Eigenentlastung des Stiftungsvorstands?
 - a. Keine realistische Aussicht auf eine ordnungsgemäße Ausübung der Aufsichtsrechte
 - b. Besonderheiten bei mehrköpfigen Stiftungsvorständen

4. Entlastung durch ein gesondertes Aufsichtsorgan der Stiftung
 - a. Überblick über den Meinungsstand
 - b. Eigene Stellungnahme
5. Ergebnis

C. Einzelfragen der Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung

I. Verfahren der Entlastungserteilung

1. Zuständigkeit für die Entlastungserteilung
2. Entlastung des Aufsichtsorgans
 - a. Verbandsrecht
 - b. Selbstständige Stiftungen
3. Prüfungs- und Entscheidungsverfahren
 - a. Vorlage der Rechenschaftsunterlagen
 - b. Prüfungsumfang
 - c. Beschlussfassung
 - d. Beteiligung der staatlichen Stiftungsbehörden am Entlastungsverfahren

II. Fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse

1. Gründe für die Fehlerhaftigkeit von Entlastungsbeschlüssen
 - a. Formelle Fehler
 - b. Materielle Fehler
2. Rechtsfolgen fehlerhafter Entlastungsbeschlüsse
 - a. Überblick über den Streitstand
 - b. Stellungnahme
3. Rechtsschutz gegen fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse
 - a. Richtiger Beklagter
 - b. Feststellungsinteresse
 - c. Urteilswirkung
4. Aufsichtsrechte der Stiftungsbehörden

III. Entlastungsverweigerung

1. Reaktionsmöglichkeiten des Stiftungsvorstands
 - a. Leistungsklage gerichtet auf Erteilung der Entlastung
 - b. Klage gerichtet auf die Feststellung der Nichtigkeit des Verweigerungsbeschlusses

- c. Klage gerichtet auf die Feststellung, dass keine Schadenersatzansprüche bestehen
 - d. Auskunftsanspruch, ob die Stiftung dem Vorstand Pflichtverletzungen vorwirft
 - e. Amtsniederlegung und Kündigung des Anstellungsverhältnisses aus wichtigem Grund, Schadenersatz
- 2. Befugnisse überstimmter Mitglieder des Aufsichtsorgans
- 3. Aufsichtsrechte der Stiftungsbehörden
- 4. Ergebnis

Dritter Teil: Die Entlastung im Recht der unselbstständigen Stiftung

A. Die unselbstständige Stiftung

- I. Begriff der unselbstständigen Stiftung
- II. Rechtliche Einordnung des Stiftungsgeschäfts
 - 1. Stiftungsgeschäft von Todes wegen
 - 2. Stiftungsgeschäft unter Lebenden
 - a. Charakteristika eines Treuhandverhältnisses
 - b. Einordnung als Schenkung unter Auflage
 - c. Abweichende Auffassungen
 - d. Ergebnis

B. Grundsätzliche Erwägungen zur Anwendung des Rechtsinstituts der Entlastung im Recht der unselbstständigen Stiftung

- I. Regelungen im Stiftungsgeschäft fehlen
 - 1. Kreis der Inhaber des Vollziehungsanspruchs
 - 2. Befugnisse der Inhaber des Vollziehungsanspruchs
 - a. Kontrollbefugnisse
 - b. Verfügungsbefugnis über Sanktionen
 - 3. Ergebnis
- II. Stiftungsgeschäft regelt Aufsicht und Entlastung

C. Einzelfragen der Entlastung im Recht der unselbstständigen Stiftung

- I. Zuständigkeit, Eigenentlastung, Stimmverbot
 - 1. Selbstständige Stiftung
 - 2. Unselbstständige Stiftung

- II. Umfang der Präklusionswirkung
 - 1. Von der Präklusionswirkung der Entlastung erfasste Sanktionen
 - 2. Grenzen der Präklusionswirkung
 - a. Gegenstand des Entlastungsbeschlusses
 - b. Erkennbarkeit der Pflichtverletzung
 - c. Zwingende öffentliche oder private Interessen?
- III. Fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse
 - 1. Gründe für die Fehlerhaftigkeit des Entlastungsbeschlusses
 - a. Formelle Fehlerhaftigkeit
 - b. Materielle Fehlerhaftigkeit
 - 2. Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse
 - 3. Rechtsschutz gegen fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse
- IV. Anspruch auf Entlastung
- V. Folgen einer Entlastungserteilung für die Gemeinnützigkeit der Stiftung

Ergebnisse der Untersuchung

Abkürzungen

Literatur

Einleitung

Die Entlastung ist im Recht der Personenverbände seit langem anerkannt. Sie ist die einseitige organschaftliche Erklärung, durch die ein Personenverband die Amtsführung seiner Verwaltungsorgane billigt. § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG enthält insoweit eine verallgemeinerungsfähige Definition. Über die Entlastung wird regelmäßig am Ende einer Geschäftsführungsperiode Beschluss gefasst. Zuständig ist die jeweilige Mitgliederversammlung des Verbands.

Die Entlastung hat weit mehr als nur eine symbolische Bedeutung. Sie wirkt sich auch unmittelbar auf das Haftungssystem im Verband aus. Soweit der Entlastungsbeschluss reicht, werden Schadenersatzansprüche und sonstige Sanktionen gegen das Geschäftsführungsorgan wegen dessen Geschäftsführung grundsätzlich ausgeschlossen. Eine Ausnahme besteht nur im Aktienrecht, wo § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG die Präklusionswirkung der Entlastung stark einschränkt.

Bis heute ist nicht abschließend geklärt, ob es auch im Stiftungsrecht eine Entlastung gibt. Dies ist nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren aufkommenden Diskussion um eine „Foundation Governance“¹ von Interesse.² Dabei geht es um die Frage, ob nach dem Vorbild der körperschaftsrechtlichen „Corporate Governance“ auch Regeln „guter Stiftungsführung“ aufzustellen sind.³ Ausgangspunkt dieser Diskussion ist die Erkenntnis, dass es bei Stiftungen in ähnlicher Weise wie bei Körperschaften zu Interessenskonflikten zwischen Stiftungsvorstand und Stiftung sowie zu Kontrolldefiziten kommen kann (sog. principal-agent-Probleme).⁴ Diese treten bei der Stiftung häufig sogar noch deutlich stärker als bei Körperschaften hervor, weil es hier an Mitgliedern fehlt, die das Geschäftsführungsorgan im eigenen Interesse

kontrollieren.⁵ Ein Vorschlag, die principal-agent-Probleme bei Stiftungen zu entschärfen, besteht darin, stiftungsinterne Aufsichtsorgane zu schaffen.⁶ Hier stellt sich naturgemäß die Frage, welche Aufgaben dem Organ zugewiesen werden sollen und ob es auch die Befugnis haben kann, den Stiftungsvorstand zu entlasten. Die gängigen Muster für Stiftungssatzungen behandeln diese Frage uneinheitlich: Die Mehrzahl normiert die Entlastungszuständigkeit ausdrücklich,⁷ andere sehen davon hingegen ab.⁸ Fraglich ist zudem, ob es neben einem stiftungsinternen Aufsichtsorgan auch andere Gremien geben kann, die über entsprechende Kompetenzen verfügen.

Im Rahmen dieser Arbeit soll deshalb untersucht werden, ob und gegebenenfalls mit welchen Rechtsfolgen die aus dem Verbandsrecht bekannte Entlastung auf das Stiftungsrecht übertragen werden kann. Die Frage ist gesondert für die selbstständigen und die unselbstständigen Stiftungen zu prüfen. Die Darstellung beschränkt sich auf die Stiftungen bürgerlichen Rechts. Auf die Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen sowie der kirchlichen und kommunalen Stiftungen soll nicht eingegangen werden.

Im ersten Teil der Arbeit werden die Grundstrukturen der Entlastung im Verbandsrecht dargestellt. Dabei wird zunächst analysiert, welche Ausgangs- und Interessenlage dem Rechtsinstitut auf Seiten der Beteiligten zugrunde liegt und welche Funktionen es hat. Auch ist zu klären, was genau Gegenstand des Entlastungsbeschlusses ist und wie die Präklusionswirkung der Entlastung dogmatisch begründet werden kann.

Aufbauend auf diesen Erkenntnissen kann im zweiten Teil geprüft werden, ob die Entlastung auch im Recht der selbstständigen Stiftungen Anwendung finden kann. In diesem Zusammenhang sollen zunächst grundsätzliche Erwägungen zur Übertragbarkeit des Rechtsinstituts angestellt werden, bevor auf Einzelfragen eingegangen wird.

Es wird sich zeigen, dass auch bei der selbstständigen Stiftung grundsätzlich ein Bedürfnis für eine Entlastung besteht. So entspricht die Ausgangs- und Interessenlage der Beteiligten im Wesentlichen der bei

Verbänden. Auch könnte die Entlastung im Stiftungsrecht ähnliche Funktionen wie im Verbandsrecht erfüllen. Da die Stiftung aber keine Mitgliederversammlung hat, stellt sich die Frage, ob es bei ihr überhaupt ein Gremium geben kann, das über die für die Entlastungserteilung erforderlichen Kompetenzen verfügt. Es wird darzulegen sein, dass eine Entlastungserteilung allein durch ein stiftungsinternes Aufsichtsgremium möglich ist, nicht hingegen durch die Stiftungsbehörden, den Stiftungsvorstand selbst oder dritte Personen. Präklusionswirkungen kann jedoch auch eine von einem solchen Aufsichtsorgan erteilte Entlastung nicht entfalten. Dies liegt allerdings nicht etwa daran, dass die Präklusionswirkung wegen der damit verbundenen Gefahren für das Stiftungsvermögen dem Stiftungszweck nicht förderlich wäre. Entscheidend ist vielmehr, dass sie zu einer endgültigen Einschränkung der Aufsichtsbefugnisse der Stiftungsbehörden führen würde, die mit dem Verhältnis staatlicher Stiftungsaufsicht zu stiftungsinternen Kontrollmechanismen unvereinbar ist.

Im Zusammenhang mit den Einzelfragen der Entlastung bei selbstständigen Stiftungen wird vor allem darauf einzugehen sein, unter welchen Voraussetzungen Entlastung erteilt werden darf, wie fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse zu behandeln sind und welche Möglichkeiten es für den Stiftungsvorstand gibt, sich gegen eine seiner Meinung nach ungerechtfertigte Entlastungsverweigerung zu wehren. Dabei ist auch zu klären, ob es einen Anspruch auf Entlastung gibt.

Im dritten Teil der Arbeit wird die Anwendbarkeit der Entlastung bei unselbstständigen Stiftungen untersucht. Um diese Frage beantworten zu können, ist es erforderlich, zunächst die Rechtsnatur der unselbstständigen Stiftung näher zu beleuchten. Es wird sich herausstellen, dass die Entlastung auch auf diesen Stiftungstypus grundsätzlich übertragbar ist und hier – anders als bei der selbstständigen Stiftung – sogar Präklusionswirkungen entfalten kann. Von besonderem Interesse ist in diesem Kontext, wie weit die Präklusionswirkungen reichen können. Auch für die unselbstständige Stiftung ist schließlich zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Entlastung erteilt werden darf und wie fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse zu behandeln sind.

Erster Teil: Die Entlastung im Recht der Verbände

A. Allgemeiner Überblick über die Entwicklung des Rechtsinstituts

Ihren Ursprung hat die Entlastung im Recht der staatlichen Finanzordnung. Bereits in der Antike waren die hohen Finanzbeamten in Griechenland und Rom verpflichtet, am Ende einer Fiskalperiode Rechnung über die Haushaltstätigkeit zu legen. Auf dieser Grundlage wurde ihnen anschließend Entlastung erteilt.⁹

Auch in Deutschland gewann die Entlastung zunächst in der staatlichen Finanzverwaltung an Bedeutung,¹⁰ wurde später aber auf die kommunale Selbstverwaltung ausgeweitet¹¹ und fand schließlich sogar Eingang in die Staatsverfassungen¹².

Eine umfassende, auch für das Zivilrecht geltende Regelung des Rechtsinstituts enthielt das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten vom 05.02.1794 (ALR).¹³ Danach war der Verwalter fremder Sachen und Rechte verpflichtet, gegenüber dem „Principal“ Rechenschaft über die von ihm getätigten Geschäfte abzulegen.¹⁴ Wurde die Rechnungslegung vom Principal akzeptiert, konnte der Verwalter darüber wiederum Quittung fordern.¹⁵ Die Erteilung der Quittung hatte zur Folge, dass der Principal Ansprüche wegen der Verwaltung nur noch sehr eingeschränkt gegen den Verwalter geltend machen konnte.¹⁶

In die großen zivilrechtlichen Kodifikationen des ausgehenden 19. Jahrhunderts wurden vergleichbare Bestimmungen zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Entlastung nicht aufgenommen. Der Gesetzgeber beschränkte sich im Wesentlichen darauf, für einzelne Verbandsarten, nämlich die Aktiengesellschaft¹⁷, die GmbH¹⁸ und die

Genossenschaft¹⁹, allein die Zuständigkeit der jeweiligen Mitgliederversammlung für die Entlastungserteilung zu normieren. Trotz dieser nur rudimentären Regelung im Gesetz ist die Entlastung auch für das übrige Verbandsrecht anerkannt worden.²⁰ Eine Ausnahme besteht lediglich bei solchen Personengesellschaften, bei denen die Geschäftsführung und Vertretung ausschließlich allen Gesellschaftern gemeinschaftlich obliegt. Dort fehlt es an der gegenüber den Verbandsmitgliedern selbstständigen Verwaltung, die für die Entlastungssituation typisch ist.²¹

Von Anfang an bestand im Verbandsrecht Einigkeit darüber, dass eine vorbehaltlos erteilte Entlastung Sanktionen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung ausschließt.²² Dies galt zunächst auch für die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat bei der Aktiengesellschaft.²³ Erst das Aktiengesetz 1937 brachte insoweit Einschränkungen.²⁴ Nunmehr ordnet § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG ausdrücklich an, dass die Entlastung bei der Aktiengesellschaft keinen Verzicht auf Ersatzansprüche enthält.

Das Rechtsinstitut der Entlastung findet bezogen auf das Zivilrecht aber nicht nur im Recht der Verbände, sondern auch auf verschiedenen anderen Gebieten Anwendung. Zu nennen sind insbesondere die Entlastung des Vormunds durch das zwischenzeitlich volljährig gewordene Mündel,²⁵ die Entlastung des Testamentsvollstreckers durch den Erben nach Beendigung der Testamentsvollstreckung²⁶ und die Entlastung des WEG-Verwalters durch die Wohnungseigentümergeinschaft²⁷.

Allen diesen Fallgruppen ist gemein, dass jemand für eine andere Person selbstständig Geschäfte tätigt und deren Vermögensinteressen wahrnimmt. Anders als in sonstigen Fällen von Fremdgeschäftsführung beschränkt sich die Geschäftsführung dabei nicht auf isolierte Einzelakte, sondern erstreckt sich regelmäßig über einen längeren Zeitraum und eine Vielzahl miteinander zusammenhängender und voneinander kaum trennbarer Tätigkeiten.²⁸

B. Zusammenhang zwischen Entlastung und Aufsichtsrechten sowie Rechenschaftspflichten

Die Entlastung ist kein lediglich auf sich selbst bezogenes, isoliertes Rechtsinstitut. Sie steht vielmehr im unmittelbaren Zusammenhang mit Aufsichtsrechten und Rechenschaftspflichten der beteiligten Personen.²⁹ Derartige Rechte und Pflichten existieren immer dort, wo jemand Geschäfte für einen anderen besorgt. Durch die Entlastung werden diese allgemeinen Kontrollmechanismen aber stark ausgeweitet, um so den besonderen Bedürfnissen der betreffenden Fallgruppen Rechnung zu tragen.

I. Allgemeine Aufsichts- und Kontrollrechte

Tätigt jemand für eine andere Person Geschäfte, hat der Geschäftsherr das Recht, vom Geschäftsführer Auskunft und Rechenschaft über die Geschäftsführung zu verlangen.³⁰ Für den Geschäftsherrn sind diese Kontrollrechte von entscheidender Bedeutung, weil er erst durch sie in die Lage versetzt wird, seine sonstigen Rechte gegenüber dem Geschäftsführer effektiv auszuüben.³¹ Oftmals würden ihm anderenfalls schlicht die Informationen fehlen, um beurteilen zu können, ob seine Interessen ordnungsgemäß wahrgenommen worden sind oder der Geschäftsführer Pflichtverletzungen begangen hat. So informiert ist es dem Geschäftsherrn auch möglich, auf die laufende Geschäftsführung Einfluss zu nehmen.³²

Soweit keine speziellen Vorschriften³³ eingreifen, richten sich Inhalt und Umfang der Auskunfts- und Rechenschaftspflichten nach §§ 259 ff. BGB.³⁴ Der Geschäftsführer ist insbesondere verpflichtet, dem Geschäftsherrn eine Zusammenstellung der Ein- und Ausgaben vorzulegen, § 259 BGB. Welche Unterlagen konkret beizubringen sind, bestimmt sich danach, was im Einzelfall erforderlich ist, um dem Geschäftsherrn eine umfassende Überprüfung etwaiger Ansprüche zu

ermöglichen.³⁵ Stets müssen die Unterlagen inhaltlich richtig, vollständig, verständlich und nachprüfbar sein.³⁶

Auf der Grundlage dieser Informationen bewertet der Geschäftsherr die Geschäftsführung. Kommt er zum Ergebnis, dass der Geschäftsführer seine Pflichten verletzt hat, muss er entscheiden, ob er den Geschäftsführer diesbezüglich auf Schadenersatz in Anspruch nimmt bzw. andere Sanktionen verhängt. Eine Pflicht, diese Entscheidung zeitnah zu treffen und dem Geschäftsführer mitzuteilen, besteht nach allgemeinen Regeln nicht.

II. Besonderheiten bei der Entlastung

Auch bei den Fallgruppen der Fremdgeschäftsführung, für die sich das Rechtsinstitut der Entlastung durchgesetzt hat, erfolgt die Kontrolle des Geschäftsführers zunächst nach den vorstehend dargestellten allgemeinen Regeln. Grundlage sind erneut die von der Geschäftsführung vorgelegten Unterlagen. Im Verbandsrecht kommt dabei naturgemäß den Rechnungslegungsunterlagen, vor allem dem Jahresabschluss und etwaigen Rechenschaftsberichten,³⁷ eine besondere Bedeutung zu.³⁸

Im Unterschied zu den normalen Fällen der Fremdgeschäftsführung steht am Ende dieser internen Prüfungs- und Kontrollprozesse eine zusätzliche formalisierte Entscheidung darüber, ob die Geschäftsführung gebilligt und damit Entlastung erteilt oder aber diese versagt wird. Diese Entscheidung wird dem Geschäftsführer bekannt gegeben.³⁹ Über die Entlastung wird in regelmäßigen Abständen meist nach Abschluss einer Geschäftsführungsperiode beschlossen.

Ist die Entlastung vorbehaltlos erteilt worden, entfaltet sie grundsätzlich Präklusionswirkungen.⁴⁰ Eine Ausnahme besteht nur bei Aktiengesellschaften. Für diese ordnet § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG an, dass die Entlastung keinen Verzicht auf Ersatzansprüche beinhaltet.⁴¹ Außerhalb des Aktienrechts schließt die Entlastung hingegen alle Sanktionen des Verbands gegen das Geschäftsführungsorgan wegen

dessen Geschäftsführung aus.⁴² In erster Linie betrifft dies Schadenersatzansprüche wegen etwaiger Pflichtverletzungen. Präkludiert sind aber auch alle übrigen konkurrierenden Ansprüche, die ihren Entstehungsgrund in der Geschäftsführung haben.⁴³ Die Präklusionswirkung erfasst ferner Disziplinarmaßnahmen gegen das Geschäftsführungsorgan. Dies gilt nicht nur für einfache Rügen oder Abmahnungen, sondern auch für die Abberufung des Geschäftsführungsorgans bzw. die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses aus wichtigem Grund.⁴⁴ Von der Entlastung können schließlich bestimmte Vorgänge ausgenommen, d.h. die Entlastung nur teilweise erteilt werden.⁴⁵

C. Zuständigkeit für die Entlastungserteilung

Im Verbandsrecht liegt die originäre Zuständigkeit für die Erteilung der Entlastung stets bei der jeweiligen Versammlung der Verbandsmitglieder. Dies ist bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Hauptversammlung (§§ 119 Abs. 1 Nr. 3, 285 Abs. 1 Nr. 2 AktG), bei der GmbH die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG), bei der Genossenschaft die Generalversammlung (§ 48 Abs. 1 Satz 2 GenG), beim Verein die Mitgliederversammlung⁴⁶ und bei den Personengesellschaften wiederum die Gesellschafterversammlung⁴⁷.

Während es sich bei der Aktiengesellschaft⁴⁸, der Kommanditgesellschaft auf Aktien⁴⁹ und der Genossenschaft⁵⁰ um zwingende Zuständigkeiten handelt, ist es bei der GmbH⁵¹ und dem Verein⁵² anerkannt, dass die Entlastungszuständigkeit durch die Satzung anderen Organen (Beirat, Aufsichtsrat) übertragen werden kann.⁵³ Dabei handelt es sich um eine zulässige teilweise Delegation der Überwachungs- und Kontrollrechte samt der damit verbundenen Zuständigkeit zur Entlastungsentscheidung.

Dass die jeweilige Mitgliederversammlung das für die Entlastungserteilung zuständige Organ sein muss, ergibt sich – jedenfalls außerhalb des Aktienrechts – aus zwei Erwägungen: Zum einen folgt dies aus dem vorstehend dargestellten Zusammenhang zwischen der Entlastung

und den Aufsichtsrechten im Verband. Die Mitgliederversammlung ist das Organ, das den Verbandswillen autonom und letztverbindlich festlegt. Die übrigen Organe haben die Vorgaben der Mitgliederversammlung zu beachten und sind dieser gegenüber rechenschaftspflichtig. Der Mitgliederversammlung obliegt es wiederum, das Handeln der übrigen Organe zu überwachen. Deshalb hat sie auch über die Entlastung zu entscheiden.

Zum anderen ist die Mitgliederversammlung als Gremium der Inhaber des Verbands auch berechtigt, im Wesentlichen frei über das Vermögen des Verbands zu verfügen. Ohne eine solche Verfügungsbefugnis ist eine Präklusionswirkung, die sich auch auf Schadenersatzansprüche des Verbands erstreckt, nicht denkbar. Dies gilt auch dann, wenn die Präklusionswirkung – wie noch zu zeigen sein wird – nicht rechtsgeschäftlich, sondern mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens zu begründen ist.

Um die Zuständigkeit der Hauptversammlung im Aktienrecht zu begründen, sind die vorstehenden Erwägungen hingegen nur (noch) bedingt geeignet. Seit dem Aktiengesetz 1937 ist die Hauptversammlung nicht mehr das oberste Willensbildungsorgan, dem die anderen Organe untergeordnet sind. Vorstand und Aufsichtsrat haben vielmehr eigene Zuständigkeiten, die dem Zugriff der Hauptversammlung entzogen sind. So ist etwa die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands gemäß § 111 Abs. 1 AktG Aufgabe des Aufsichtsrats und nicht der Hauptversammlung. Über die Entlastung entscheidet gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG gleichwohl die Hauptversammlung. Diese Zuständigkeit kann auch nicht (mehr) mit einer Verfügungsbefugnis der Aktionäre über Schadenersatzansprüche der Aktiengesellschaft gegen Vorstand und Aufsichtsrat begründet werden, seit das Aktiengesetz eine Präklusionswirkung jedenfalls insoweit ausschließt (§ 120 Abs. 2 Satz 2 AktG). Für die Beibehaltung der Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Entlastung des Vorstands sprechen aber auch heute noch Überwachungsargumente. Wie noch darzulegen sein wird⁵⁴, stellt die Entlastungszuständigkeit ein Mindestmaß an Kontrolle der Geschäftsführung durch die Hauptversammlung sicher. Dies ist

gerechtfertigt, weil die Aktionäre als Inhaber der Aktiengesellschaft deren wirtschaftliches Risiko tragen.

D. Inhalt des Entlastungsbeschlusses

Bis heute ist nicht abschließend geklärt, was genau Inhalt des Entlastungsbeschlusses ist. Nach einer häufig verwendeten Formel soll Entlastung einerseits Billigung der Geschäftsführung in der Vergangenheit und andererseits Vertrauensbeweis für die Zukunft sein.⁵⁵

I. Billigung der Geschäftsführung in der Vergangenheit

Einigkeit besteht darüber, dass durch die Entlastungserteilung die Geschäftsführung gebilligt wird. § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG enthält insoweit eine allgemeine Definition der Entlastung. Umstritten ist aber, was Prüfungsmaßstab ist, wenn über die Billigung der Geschäftsführung entschieden wird.

Außerhalb des Aktienrechts lag das Interesse lange Zeit ausschließlich auf der Präklusionswirkung der Entlastung hinsichtlich Sanktionen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung. Es war daher naheliegend, in der Billigung der Geschäftsführung allein das Urteil zu sehen, dass sich das Geschäftsführungsorgan rechtmäßig, also insbesondere gesetzes- und satzungskonform verhalten hat.⁵⁶

Im Aktienrecht ist eine Präklusionswirkung der Entlastung demgegenüber seit Einführung des § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG weitgehend ausgeschlossen. Es wurde deshalb in der Vergangenheit überwiegend vertreten, dass sich die Billigung dort in einer Würdigung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung erschöpfe und keine Aussage zu ihrer Rechtmäßigkeit enthalte.⁵⁷

Die Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur gehen demgegenüber nunmehr für das gesamte Verbandsrecht von einem

einheitlichen Prüfungsmaßstab aus, der beide Elemente umfasst. Bei allen Verbänden enthalte die Entlastung die Erklärung, dass sich der Geschäftsführer gesetzes- und satzungsgemäß verhalten habe. Zusätzlich werde dem Geschäftsführungsorgan aber auch bescheinigt, bei der Führung des Verbands eine „glückliche Hand“ gehabt zu haben.⁵⁸ Damit befindet das Aufsichtsgremium jedoch nicht nur über die Recht-, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung. Zudem soll das Aufsichtsgremium bei der Entlastungsentscheidung einen weiten Ermessensspielraum besitzen.⁵⁹ Einzelne rechtswidrige oder unzumutbare Handlungen sollen der Entlastungserteilung daher nicht entgegenstehen. Die herrschende Meinung lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass unter Entlastung die Billigung der Geschäftsführung als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig zu verstehen ist.⁶⁰

II. Vertrauensbeweis für die Zukunft

Nach herrschender Meinung ist Gegenstand des Entlastungsbeschlusses regelmäßig auch die Frage, ob das Aufsichtsgremium Vertrauen in die künftige Tätigkeit des Geschäftsführungsorgans hat.⁶¹ Wird zwar die Geschäftsführungstätigkeit in der Vergangenheit gebilligt, besteht aber für die Zukunft kein Vertrauen mehr, soll die Entlastung versagt werden dürfen.⁶² Das Vertrauen in die künftige Tätigkeit soll nur dann nicht Beschlussgegenstand sein, wenn ein Zukunftsbezug von vornherein ausscheidet, weil das Geschäftsführungsorgan nicht länger für den Verband tätig wird, oder der Entlastungsbeschluss entsprechend eingeschränkt worden ist.⁶³ Nach anderer Ansicht soll sich die Entlastung hingegen allein auf die Vergangenheit beziehen und keinerlei Zukunftsbezug aufweisen.⁶⁴

III. Stellungnahme

1. Zur Billigung der Geschäftsführung in der Vergangenheit

Der herrschenden Meinung kann uneingeschränkt gefolgt werden, soweit

es den Prüfungsmaßstab bei der Billigung der Geschäftsführung in der Vergangenheit betrifft. Betrachtet man das Entlastungsverfahren und den Entlastungsbeschluss unvoreingenommen⁶⁵, zeigt sich, dass der Prüfungsmaßstab nicht einseitig auf die Recht- oder Zweckmäßigkeit beschränkt werden kann. Vielmehr wird das Verhalten des Geschäftsführers in der betreffenden Geschäftsführungsperiode vom Aufsichtsgremium stets vollumfänglich überprüft und bewertet.

Die Entlastung beschränkt sich in der Praxis einerseits nicht auf das rein objektive Urteil über die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit. Sie ist vielmehr auch Ausdruck der Zufriedenheit mit der Geschäftsführung. Für die Zufriedenheit ist aber gerade auch das subjektiv geprägte Kriterium der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung bedeutsam.

Andererseits kann die Entlastung nicht auf eine reine Zweckmäßigkeitsprüfung reduziert werden. Dies ist außerhalb des Aktienrechts einhellige Meinung. Denn ohne eine Aussage zur Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung kann eine Entlastung keine Sanktionen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung präkludieren. Aber auch bei der Aktiengesellschaft, wo § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG die Präklusionswirkung einschränkt, werden die Aktionäre ihre Augen nicht vor der Rechtswidrigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen verschließen und allein deren Zweckmäßigkeit prüfen. Vielmehr findet in der Praxis stets eine umfassende Bewertung statt. Es ist dann aber nur folgerichtig, den Erklärungsinhalt des Entlastungsbeschlusses auch hier auf die Recht- und Zweckmäßigkeit zu erstrecken.

Ein großer Vorteil dieses Ansatzes besteht zudem darin, dass er es ermöglicht, die Entlastung wieder rechtsformübergreifend als einheitliches Rechtsinstitut wahrzunehmen, das sich zwar in den Rechtsfolgen und damit in seinen Funktionen⁶⁶, nicht hingegen im Prüfungsumfang und Erklärungsinhalt unterscheidet. Dies entspricht der historischen Entwicklung. Wie bereits angedeutet, wurde die Entlastung lange Zeit für alle Verbandsarten als einheitliches Rechtsinstitut angesehen. Dieses Verständnis änderte sich erst nach Einführung der Vorgängernorm zu § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG durch das Aktiengesetz 1937, durch die die

Präklusionswirkung der Entlastung erstmals eingeschränkt wurde. Richtiger Weise handelt es sich dabei aber um eine Bestimmung, die nicht den Inhalt des Entlastungsbeschlusses, sondern nur dessen Rechtsfolgen abweichend von allgemeinen Grundsätzen regelt.

Schließlich ist es sachgerecht, dem Aufsichtsorgan ein Ermessen dahingehend zuzugestehen, die Entlastung trotz einzelner rechtswidriger Handlungen zu erteilen. Die Entlastung hat sich als Rechtsinstitut gerade dort durchgesetzt, wo sich die Geschäftsführungsmaßnahmen über einen längeren Zeitraum erstrecken und eng miteinander verknüpft sind. In solchen Konstellationen muss letztlich eine Gesamtbetrachtung der Geschäftsführung stattfinden, bei der einzelne rechtswidrige oder unzweckmäßige Maßnahmen durch andere gute Leistungen ausgeglichen werden können.⁶⁷ Zudem kann es auch aus anderen Gründen (Imageverlust für den Verband etc.) angezeigt sein, trotz eines Fehlverhaltens Entlastung zu erteilen.

Der herrschenden Meinung ist folglich beizupflichten: Der Entlastungsbeschluss enthält im gesamten Verbandsrecht einheitlich die Aussage, dass die Geschäftsführung im Entlastungszeitraum als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig gebilligt wird.

2. Zum Vertrauensbeweis für die Zukunft

Es steht weiter außer Frage, dass die Entlastung Lob für die bisherige Geschäftsführung ist und sie sich damit auch auf eine etwaige künftige Tätigkeit förderlich auswirkt. Das Bestehen von Vertrauen in die weitere Geschäftsführungstätigkeit ist damit aber – entgegen der herrschenden Meinung – nicht selbst Gegenstand des Entlastungsbeschlusses.

Tatsächlich kann die Zukunftskomponente jedenfalls dann nicht Beschlussgegenstand sein, wenn eine künftige Tätigkeit für den Verband nicht in Betracht kommt, weil das Organ bereits ausgeschieden ist oder ausscheiden wird. Der Entlastungsbeschluss hätte folglich einen unterschiedlichen Gegenstand je nach dem, ob das Organ weiter tätig sein wird oder nicht. Dies wirft insbesondere dann Fragen auf, wenn bei der

Beschlussfassung über die Entlastung noch gar nicht feststeht, ob das Organ seine Tätigkeit für den Verband fortsetzt, z.B. weil über seine Neuwahl erst unter einem späteren Tagesordnungspunkt entschieden wird. Soll die Zukunftskomponente auch in solchen Fällen – quasi vorsorglich – Beschlussgegenstand sein? Hält man dies für richtig, drängt sich aber die Folgefrage auf, ob nicht durch die Entlastungserteilung eine Bindungswirkung dahingehend entstehen kann, das Organ bei der anschließenden Neuwahl in seinem Amt bestätigen zu müssen bzw. nicht abberufen zu dürfen. Dies gilt gerade dann, wenn für die Organbestellung und die Entlastung dasselbe Verbandsorgan zuständig ist. Eine solche Bindungswirkung würde die Entlastung jedoch überbewerten, weil sie auf diese Weise dem eigentlichen Bestellungsakt vorgreifen würde.

Schließlich bereitet der Ansatz der herrschenden Meinung auch dann Probleme, wenn die Entlastung versagt wird, weil ein Vertrauen in die künftige Tätigkeit des Geschäftsführungsorgans nicht mehr besteht. Ein solcher Vertrauensentzug wäre allein nicht zielführend. Es bedürfte vielmehr zusätzlich zwingend der formalen Abberufung des Organs. Erst diese würde den Vertrauensentzug in verbindlicher Weise dokumentieren.

Diese Beispiele zeigen, dass es zu Wertungswidersprüchen zwischen der Entlastung und dem Bestellungsakt kommen kann, wenn die Frage des Vertrauens in die künftige Geschäftsführungstätigkeit zum Gegenstand des Entlastungsbeschlusses gemacht wird. Tatsächlich ergibt sich der Vertrauensvorschuss für die Zukunft allein aus dem Bestellungsakt des Organs.⁶⁸ Dieser Vorschuss gilt solange, wie die Amtszeit läuft bzw. das Organ nicht abberufen worden ist. Der Entlastungsbeschluss ist demgegenüber seinem Inhalt nach ausschließlich vergangenheitsbezogen. Zwar stärkt die Entlastung rein faktisch das Vertrauensverhältnis zwischen dem Verband und seinem Geschäftsführungsorgan und wirkt insoweit auch in die Zukunft. Gegenstand des Entlastungsbeschlusses ist das Vertrauen in die zukünftige Geschäftsführungstätigkeit jedoch nicht.⁶⁹

E. Funktionen der Entlastung im Verbandsrecht

Die Entlastung erfüllt im Verbandsrecht mehrere Funktionen. Wegen der unterschiedlichen Ausgangslage und Rechtsfolgen weichen diese bei den einzelnen Verbandsarten zum Teil voneinander ab. Im Mittelpunkt des rechtlichen Interesses steht dabei die Abschluss- und Abgrenzungsfunktion, die sich aus der Präklusionswirkung der Entlastung ergibt. Daneben führt das Rechtsinstitut aber auch zu einer Verbesserung der Kontroll- und Aufsichtsmechanismen sowie der Minderheitenrechte im Verband. Schließlich sind die psychologischen Wirkungen der Entlastung zu beachten.

I. Abschluss- und Abgrenzungsfunktion

Für die Beteiligten eines Geschäftsbesorgungsverhältnisses ist die Frage, ob der Geschäftsführer seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt hat, naturgemäß von besonderer Bedeutung. Hat er seine Pflichten verletzt, stehen Schadenersatzansprüche und sonstige Sanktionen im Raum. Dort, wo das Rechtsinstitut der Entlastung nicht zur Anwendung kommt, tritt für die Beteiligten diesbezüglich erst dann Rechtssicherheit ein, wenn entsprechende Ansprüche verjährt bzw. die Ausübungsfristen für die sonstigen Sanktionen abgelaufen sind. Bis dahin können die Sanktionen wegen fehlerhafter Geschäftsführung grundsätzlich noch jederzeit verhängt werden.

Die damit verbundene Rechtsunsicherheit ist hinzunehmen, wenn es sich um normale Fälle der Fremdgeschäftsführung handelt, bei denen sich die Geschäftsführung im Wesentlichen auf einzelne oder isolierbare Maßnahmen beschränkt. Hier ist für die Beteiligten relativ leicht einzuschätzen, ob Pflichtverletzungen begangen wurden und Sanktionen drohen. Das Interesse des Geschäftsherrn, sich noch längere Zeit auf Pflichtverletzungen berufen und Ersatzansprüche geltend machen zu

können, überwiegt gegenüber dem Interesse des Geschäftsführers an einer möglichst frühzeitigen Klärung der Verhältnisse. Die allgemeinen Verjährungsregeln führen zu einem sachgerechten Ausgleich der Interessen.⁷⁰

Erstreckt sich die Geschäftsführung hingegen – wie insbesondere bei Verbänden – über einen längeren Zeitraum und eine Vielzahl von Maßnahmen, über die das Geschäftsführungsorgan selbstständig zu entscheiden hat, fällt die Einschätzung zum Vorliegen von Pflichtverletzungen sehr viel schwerer. Häufig sind die einzelnen Maßnahmen zudem so miteinander verwoben, dass die Geschäftsführung letztlich nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden kann. In solchen Fällen ist es sinnvoll, schon vor Ablauf der allgemeinen Verjährungsfristen Rechtssicherheit zu schaffen. Diesem Bedürfnis trägt die Entlastung mit ihrer Präklusionswirkung Rechnung. Ist dem Geschäftsführungsorgan Entlastung erteilt worden, dürfen aus seiner Geschäftsführung grundsätzlich keine nachteiligen Folgen mehr für ihn hergeleitet werden. Schadenersatzansprüche und andere Sanktionen sind ausgeschlossen. Soweit der Entlastungsbeschluss reicht, wird das Geschäftsführungsverhältnis einer abschließenden Klärung zugeführt und es tritt vorzeitig Rechtssicherheit ein. Die Entlastung erfüllt damit eine Abschluss-, Abgrenzungs- und Klarstellungsfunktion.⁷¹

Die Vorteile der Entlastung für das Geschäftsführungsorgan sind offensichtlich. Ist seine Geschäftsführung gebilligt worden, hat es auch dann keine Sanktionen mehr zu befürchten, wenn im Nachhinein doch noch Pflichtverletzungen entdeckt werden. Für den Verband als Geschäftsherrn birgt die Entlastung hingegen auf den ersten Blick nur Gefahren. Wird die Entlastung vorschnell erteilt, drohen ihm gegebenenfalls vermögensmäßige Nachteile, weil Schadenersatzansprüche ausgeschlossen sind.⁷² Indes: Wenn das Geschäftsführungsorgan auch in Zukunft für den Verband tätig werden soll, bringt die Abschlussfunktion dem Verband auch Vorteile.⁷³ Durch die Entlastungserteilung werden für die Vergangenheit klare Verhältnisse geschaffen und ein Schlussstrich gezogen. Die weitere Aufmerksamkeit – sowohl des geschäftsführenden Organs als auch des Aufsichtsgremiums – kann ungeteilt und unbelastet

auf die künftige Geschäftsführung gerichtet werden.⁷⁴ Ressourcen werden freigesetzt, was sich positiv auf die weitere Arbeit auswirken kann.

II. Verbesserung der Kontroll- und Aufsichtsmechanismen

Das Rechtsinstitut der Entlastung führt auch zu einer Verbesserung der Kontroll- und Aufsichtsmechanismen im Verband. Die Institutionalisierung eines formalisierten Entlastungsverfahrens zwingt das Aufsichtsorgan, sich regelmäßig und abschließend mit der Geschäftsführungstätigkeit auseinander zu setzen. Die Aufsichtsorgane werden dazu angehalten, ihren Kontrollaufgaben gewissenhaft nachzukommen. Dies gilt im Grundsatz für alle Verbände, im besonderen Maße aber natürlich für solche, bei denen die Entlastung Präklusionswirkung entfaltet. Dort wird der Einwand, dass Pflichtverletzungen noch bis zum Ende der Verjährungsfrist geltend gemacht werden können und deshalb die Prüfung am Ende einer Geschäftsführungsperiode vorerst oberflächlich erfolgen kann, durch die Entlastung abgeschnitten.

Nimmt man mit der herrschenden Meinung an, dass Prüfungsmaßstab auch die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung ist, geht die Entlastung aber über eine bloße – wegen der damit verbundenen Gefahren gegebenenfalls unliebsame – Disziplinierungsmaßnahme weit hinaus. Die Beschlussfassung wird häufig dazu genutzt, eine Generaldebatte über die Geschäftspolitik zu führen, die sich nicht auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle der Geschäftsführung beschränkt.⁷⁵ In diesem Rahmen haben die Verbandsmitglieder die Möglichkeit, ihre Ansichten und gegebenenfalls auch ihren Unmut über die Geschäftsführung zu äußern und Anregungen zu geben.⁷⁶ Über das Entlastungsverfahren kann das Aufsichtsgremium auch Einfluss auf das künftige Verhalten des Geschäftsführungsorgans nehmen. Denn das Organ wird bemüht sein, die durch die Entlastungsentscheidung erhaltenen Rückmeldungen zu seiner bisherigen Geschäftsführung bei seiner weiteren Tätigkeit zu berücksichtigen.⁷⁷ Dies ist gerade bei solchen Verbänden von besonderer Bedeutung, bei denen die Mitgliederversammlung keine Weisungsrechte gegenüber dem Geschäftsführungsorgan hat. Hier ist das

Entlastungsverfahren oft die einzige Möglichkeit, jedenfalls mittelbar Einfluss auf die Geschäftspolitik zu nehmen, deren wirtschaftliches Risiko die Verbandsmitglieder ja schließlich mitzutragen haben.⁷⁸ Im Ergebnis werden auf diese Weise die allgemeinen Kontrollrechte und Einflussnahmemöglichkeiten der Mitgliederversammlung und der einzelnen Verbandsmitglieder erheblich ausgeweitet. Letztlich dient die Entlastung damit auch dem Minderheitenschutz im Verband.⁷⁹

Gerade im Aktienrecht führt die Entlastung zudem zu einer Ausweitung der Informationsrechte der Aktionäre.⁸⁰ Nach allgemeinen Regeln haben die Aktionäre anders als die Mitglieder anderer Verbände (vgl. § 51a GmbHG) kein umfassendes Informationsrecht zu Fragen der Geschäftsführung. Nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG können sie Auskünfte über Angelegenheiten der Gesellschaft nur verlangen, soweit diese zur sachgemäßen Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung der Hauptversammlung erforderlich sind. Geschäftsführungsmaßnahmen sind aber regelmäßig nicht Gegenstand der Tagesordnung, weil diese grundsätzlich in die ausschließliche Zuständigkeit des Vorstands fallen. Abgesehen von den Fällen, in denen sich die Zuständigkeit der Hauptversammlung aus den Grundsätzen der „Holzmüller“-⁸¹ und „Gelatine“-⁸²Entscheidungen ergibt, kann die Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 2 AktG über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn der Vorstand dies verlangt. Auf dem Umweg über den Tagesordnungspunkt „Entlastung“ können letztlich aber doch Fragen zur Geschäftsführung gestellt werden, weil bei diesem Tagesordnungspunkt das Verhalten des Organs umfassend, d.h. auch bezogen auf seine Geschäftsführungsmaßnahmen überprüft wird.⁸³ Ähnliche Erwägungen gelten auch bei Vereinen und Genossenschaften, bei denen es ebenfalls keine umfassenden Informationsrechte der individuellen Verbandsmitglieder außerhalb der Mitgliederversammlung gibt.⁸⁴

III. Psychologische Wirkungen

Neben den rechtlichen Folgen der Entlastung dürfen die psychologischen Wirkungen der Entlastungsentscheidung nicht unterschätzt werden.⁸⁵

Wird die Geschäftsführung vom Aufsichtsgremium umfassend gebilligt, ist dies Lob und Anerkennung für die bisherige Tätigkeit des Organs.⁸⁶ Dies hat wiederum positive Auswirkungen auch auf die künftige Tätigkeit für den Verband. So wird das Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten gefestigt und die Autorität des Organs gestärkt. All dies fördert seine Motivation und kann dazu beitragen, dass sich seine Leistungen zum Wohle des Verbands in der Zukunft noch weiter verbessern.⁸⁷ Nimmt man entgegen der hier vertretenen Ansicht mit der herrschenden Meinung an, dass neben der Billigung der bisherigen Geschäftsführung auch das Vertrauen in die künftige Tätigkeit unmittelbar Gegenstand des Entlastungsbeschlusses ist, werden diese positiven psychologischen Wirkungen der Entlastung nochmals verstärkt.

Auf der anderen Seite ist ein schlechtes Ergebnis bei der Beschlussfassung über die Entlastung oder gar deren Versagung für das Geschäftsführungsorgan ein schwerwiegender Tadel, der sowohl innerhalb des Verbands als auch nach außen mit einem erheblichen Ansehensverlust verbunden ist.⁸⁸ Gerade bei Aktiengesellschaften und im Vereinsrecht machen sich die Verbandsmitglieder dies zu Nutze, um ihre Kritik und ihren Unmut zu äußern.

F. Rechtsdogmatische Herleitung der Präklusionswirkung

Lange Zeit war sehr umstritten, wie die Präklusionswirkung der Entlastung rechtsdogmatisch begründet werden kann. Mittlerweile besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass zwischen dem Beschlussgegenstand und den Beschlussfolgen zu unterscheiden ist und die Präklusionswirkung nicht aufgrund eines Rechtsgeschäfts, sondern wegen des allgemeinen Verbots widersprüchlichen Verhaltens, d.h. kraft Gesetzes, eintritt. Da die früher vertretenen Begründungsansätze und deren Schwächen schon wiederholt Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung waren,⁸⁹ sollen sie im Folgenden nur noch im Überblick dargestellt werden.

I. Rechtsgeschäftliche Begründungsansätze

Der Schwerpunkt des Interesses lag in früheren Zeiten fast ausschließlich auf dem mit der Entlastungserteilung verbundenen Ausschluss von Schadenersatzansprüchen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung. Literatur und Rechtsprechung bemühten sich vornehmlich darum, diesen Ausschluss auf die eine oder andere Weise rechtsgeschäftlich zu konstruieren. So wurde u.a. vertreten, dass es sich bei dem Entlastungsbeschluss um einen Verzicht im Sinne des § 397 Abs. 1 BGB⁹⁰ oder ein negatives Schuldanerkenntnis im Sinne des § 397 Abs. 2 BGB⁹¹ handele. Andere deuteten den mitgeteilten Entlastungsbeschluss als einseitige Erklärung der Genehmigung der Geschäftsführung, die wie bei §§ 678, 684 Satz 2 BGB im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag Schadenersatzansprüche ausschließe,⁹² oder verglichen die Präklusionswirkung mit §§ 179⁹³, 442⁹⁴ bzw. 640 Abs. 2 BGB⁹⁵. Wiederum andere erkannten im Entlastungsbeschluss eine einseitige Verzichtserklärung.⁹⁶ Vertreten wurde auch, dass es sich bei der Entlastung um eine besondere Art von Quittung handele, bei der sich die Verzichtswirkung aus den Grundsätzen der Rechtsverwirkung ergebe.⁹⁷ Daneben gab es schließlich Stimmen, die dem Entlastungsbeschluss keine

umfassende Präklusionswirkung beimessen wollten. Für sie war der Entlastungsbeschluss in späteren Prozessen lediglich ein starkes aber gleichwohl widerlegbares Beweismittel dafür, dass Schadenersatzansprüche nicht bestehen.⁹⁸ Letztlich vermochte aber keine dieser Ansichten zu überzeugen.

1. Entlastung als bloßes Beweismittel

Die Deutung als bloßes Beweismittel ohne eine weitreichende Präklusionswirkung entsprach von vornherein nicht dem allgemeinen Verständnis der Entlastung im Zivilrecht. Ungeachtet der späteren Einschränkungen im Aktienrecht durch den Gesetzgeber war und ist für die Beteiligten gerade der Ausschluss von Schadenersatzansprüchen und sonstigen Sanktionen stets von zentraler Bedeutung.⁹⁹

2. Entlastung als Verzicht oder negatives Schuldanerkenntnis

Sowohl beim Verzicht (§ 397 Abs. 1 BGB) als auch beim negativen Schuldanerkenntnis (§ 397 Abs. 2 BGB) ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner erforderlich, um den Anspruch zum Erlöschen zu bringen. Die Versuche, die Entlastung als Verzicht oder negatives Schuldanerkenntnis zu verstehen, standen folglich vor dem letztlich nicht lösbaren Problem, in allen Fällen einen entsprechenden Vertragsschluss konstruieren zu müssen.

Zum Teil wurde das Vertragsangebot in der Vorlage der Rechnungslegungsunterlagen durch das zu entlastende Organ beim Aufsichtsgremium und die Annahme in der Mitteilung des Entlastungsbeschlusses an das Organ gesehen.¹⁰⁰ Dagegen spricht jedoch, dass die Übermittlung der Unterlagen aus der Empfängersicht allein der Erfüllung der Rechenschaftspflichten des Organs dient und nicht als Angebot zum Abschluss eines Vertrags zu verstehen ist, durch den Schadenersatzansprüche zum Erlöschen gebracht werden sollen. Zudem soll die Vorlage der Rechnungslegungsunterlagen keine zwingende Voraussetzung für die Entlastungserteilung und den Eintritt der Präklusionswirkung sein.¹⁰¹ Dieses Ergebnis lässt sich auf der Grundlage

des vorgenannten Ansatzes jedoch kaum begründen. Denn sind keine Rechnungslegungsunterlagen vorgelegt worden, fehlt es an einem Angebot, das durch den Entlastungsbeschluss angenommen werden kann.

Alternativ ist erwogen worden, das Angebot in der Mitteilung des Entlastungsbeschlusses zu sehen, welches dann durch das entlastete Organ angenommen werden könnte.¹⁰² Häufig wird aber nicht nur eine ausdrückliche, sondern selbst eine konkludente Annahmeerklärung fehlen.¹⁰³ Bloßes Schweigen ist grundsätzlich keine Willenserklärung.¹⁰⁴ Auch § 151 BGB kann nur den Zugang der Annahmeerklärung, nicht hingegen die Erklärung selbst entbehrlich machen.¹⁰⁵ Dieser Konstruktionsversuch vermag zudem nicht zu erklären, warum die Präklusionswirkung – wie von der ganz herrschenden Meinung angenommen – gegebenenfalls auch gegen den Willen des entlasteten Organs eintreten soll.

Die Deutung der Entlastung als Verzicht oder negatives Schuldanerkenntnis führt schließlich zu Widersprüchen im Hinblick auf die Zuständigkeit zum Abschluss solcher Verträge.¹⁰⁶ Ein Gleichlauf der Kompetenzen zur Erteilung der Entlastung und zum Abschluss der vorgenannten Verträge im Sinne sog. Generalbereinigungsverträge nach Abschluss einer Geschäftsführungsperiode besteht nur bei der GmbH ohne Aufsichtsrat. Dort ist jeweils die Gesellschafterversammlung zuständig.¹⁰⁷ Bei der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat bzw. bei der mitbestimmten GmbH kann bzw. muss es hingegen zu einem Auseinanderfallen der Kompetenzen kommen.¹⁰⁸ Gleiches gilt auch für die Genossenschaft¹⁰⁹, den Verein¹¹⁰ und die Personengesellschaften¹¹¹.

3. Entlastung als einseitige Genehmigungserklärung

Die Probleme, einen Vertragsschluss konstruieren zu müssen, werden vermieden, wenn die Entlastung als einseitige Genehmigung verstanden wird, die wie bei §§ 678, 684 Satz 2 BGB Schadenersatzansprüche ausschließt.¹¹² Gleichwohl ist auch dieser Ansatz im Ergebnis abzulehnen.

Eine direkte Anwendung der Regeln über die GoA scheidet aus, weil das

geschäftsführende Organ eines Verbands selbst dann nicht „ohne Auftrag“ i.S.d. § 677 BGB tätig wird, wenn es dabei seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung verletzt.¹¹³ Aber auch eine analoge Anwendung der §§ 677 ff. BGB ist nicht möglich. So ist eines der Wesensmerkmale der GoA, dass jemand fremdbezogen im Rechtskreis eines anderen tätig wird. Dies trifft auf das Geschäftsführungsorgan bezogen auf seinen Verband jedoch nicht zu. Ein Verband wird erst durch seine Organe willens- und handlungsfähig. Ausgehend von der sog. Organtheorie zur Zurechnung des Organhandelns zum Verband¹¹⁴ handelt das Organ aus der Sicht des Verbands nicht als fremder Geschäftsführer im Rechtskreis des Verbands, sondern der Verband selbst wird tätig.¹¹⁵ Wollte man die Entlastung des Geschäftsführungsorgans durch das Aufsichtsgremium gleichwohl wie eine Genehmigung i.S.d. § 684 Satz 2 BGB behandeln, würden dadurch verbandsinterne Pflichtenbeziehungen dem gesetzlichen Schuldverhältnis der GoA unterworfen. Dies trüge den Besonderheiten des Verbandsrechts jedoch nicht hinreichend Rechnung und würde den Anwendungsbereich der GoA über Gebühr ausdehnen.

Letztlich sind von den Vertretern dieser These lediglich die Rechtsfolgen der Entlastung mit denen eines auf den ersten Blick ähnlichen, gesetzlich geregelten Rechtsinstituts verglichen worden, ohne eine konkrete Begründung für den Gleichlauf zu liefern.

Gleiches gilt für diejenigen, die die Entlastung mit der Genehmigung des Handelns eines vollmachtlosen Vertreters¹¹⁶, der Billigung beim Kauf auf Probe¹¹⁷ oder der Abnahme einer Leistung als vertragsgemäß nach § 640 BGB¹¹⁸ verglichen haben. In diesen Fällen führt die entsprechende Handlung ebenfalls dazu, dass Schadenersatzansprüche kraft gesetzlicher Anordnung untergehen (§§ 179, 442, 640 Abs. 2 BGB). Wegen der gänzlich unterschiedlichen Ausgangslage scheidet eine direkte oder analoge Anwendung dieser Normen auf die Entlastung aber ebenfalls aus.

4. Entlastung als einseitige Erklärung eigener Art

Die Schwächen der bisher dargestellten Ansichten versuchte die früher herrschende Meinung zu vermeiden, indem sie die Entlastung als

einseitige Erklärung eigener Art verstand, die gleichwohl die Wirkungen eines Verzichts oder negativen Schuldanerkenntnisses habe.¹¹⁹ Die Frage, ob die Erklärung empfangsbedürftig ist oder nicht, wurde dabei unterschiedlich beantwortet.¹²⁰ Außerhalb des Verbandsrechts ist die Deutung der Entlastung als einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung mit Verzichtswirkung auch heute noch verbreitet.¹²¹

So elegant die Konstruktion eines einseitigen Verzichts bzw. eines einseitigen Schuldanerkenntnisses auch erscheint, so wenig fügt sie sich in die Systematik des BGB ein. Anders als im Sachenrecht, wo Rechtspositionen durch einseitige Rechtshandlungen aufgegeben werden können,¹²² erfolgt ein Verzicht auf schuldrechtliche Ansprüche bzw. ein entsprechendes negatives Schuldanerkenntnis zwingend durch Vertrag (§ 397 Abs. 1, 2 BGB). Diese Wertung des Gesetzgebers darf nicht durch eine leichtfertige Anerkennung einseitiger rechtsgeschäftlicher Erklärungen mit gleicher Wirkung unterlaufen werden.

5. Allgemeine Kritik an rechtsgeschäftlichen Begründungsansätzen

Gegen alle Ansätze, die Entlastung als Verzicht oder negatives Schuldanerkenntnis – sei es als Vertrag oder als einseitige Erklärung – zu deuten, ist zudem zu Recht vorgebracht worden, dass damit nur eine von mehreren Entlastungsfolgen in dem Irrglauben herausgegriffen werde, damit die Rechtsnatur der Entlastung selbst ermittelt zu haben.¹²³ Es werde ex post die Verzichtsfolge in den Mittelpunkt des Entlastungsbeschlusses gestellt, obwohl ein Anspruchsverzicht in der Regel gar nicht vom Willen des Aufsichtsgremiums umfasst sei. So werde die Entlastung erkennbar meist in dem Glauben erteilt, dass die Geschäftsführung ordnungsgemäß gewesen sei und deshalb Schadenersatzansprüche gar nicht bestünden.¹²⁴

Entscheidend gegen ein Verständnis der Entlastung als – wie auch immer gearteter – rechtsgeschäftlicher Verzicht spricht schließlich, dass die Entlastung eine ganz unterschiedliche Rechtsnatur hätte, je nach dem bei welchem Verband sie erteilt wird.¹²⁵ Während sie etwa bei der GmbH – bei allen dogmatischen Schwächen – noch als Verzicht qualifiziert werden könnte, würde diese Deutung bei der Aktiengesellschaft ausscheiden, weil

die Entlastung dort kraft gesetzlicher Anordnung gerade keinen Verzicht auf Ersatzansprüche beinhaltet. Trotz der unterschiedlichen Rechtsfolgen ist der Erklärungsgehalt der Entlastung aber – wie bereits dargelegt – nach richtiger Ansicht bei allen Verbänden gleich.

II. Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Die heute herrschende Meinung¹²⁶ unterscheidet demgegenüber streng zwischen dem Gegenstand des Entlastungsbeschlusses und seinen Wirkungen. Beschlussgegenstand ist einheitlich bei allen Verbandsarten die Billigung der bisherigen Geschäftsführung durch das zu entlastende Organ.¹²⁷ Ein Verzicht auf Ansprüche oder ein entsprechendes negatives Schuldanerkenntnis wird im Beschluss selbst nicht ausgesprochen. Die Präklusionswirkung ergibt sich vielmehr aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*, § 242 BGB).

1. Abgrenzung zur Quittung

In eine ähnliche Richtung ging bereits der Ansatz, die Entlastung als eine Quittung über rechenschaftspflichtige Geschäftsführung und die Rechenschaftsabgabe selbst anzusehen.¹²⁸ Der Ausschluss von Schadenersatzansprüchen sollte sich dabei nicht aus der Entlastung als solcher oder einem Verzichtsvertrag, sondern aus der Anwendung der Lehre über die Rechtsverwirkung ergeben. Habe das Aufsichtsgremium im Hinblick auf die ihm vorgelegte Rechnungslegung seine Prüfungspflicht verletzt, seien durch die Quittungserteilung alle erkennbaren Ersatzansprüche verwirkt.

Mit der heute herrschenden Meinung hat dieser Konstruktionsversuch gemein, dass auch er zwischen dem Gegenstand des Entlastungsbeschlusses und seinen Wirkungen unterscheidet. Die Deutung der Entlastung als Quittung ist jedoch abzulehnen, da sie dieser ein wertendes Element zuschreibt, das ihr jedenfalls nach dem Verständnis des BGB¹²⁹ grundsätzlich nicht innewohnt. So bestätigt eine Quittung

regelmäßig nur den Erhalt, nicht hingegen die Ordnungsmäßigkeit einer Leistung.¹³⁰ Enthält die Quittung aber diesbezüglich keine Aussage, eignet sie sich auch nicht dazu, eine Verwirkung von Schadenersatzansprüchen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung zu begründen. Dieses Problem löst sich, wenn man die Entlastung mit der nunmehr herrschenden Meinung nicht als Quittung, sondern als Billigung der Geschäftsführung versteht.

2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens

Voraussetzung für die Anwendung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ist allgemein, dass ein Rechtsinhaber durch ein ihm zurechenbares Verhalten bei dem anderen Teil einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, der andere Teil tatsächlich darauf vertraut hat und dieses Vertrauen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange schutzwürdig ist.¹³¹ Liegen diese Voraussetzungen vor, muss sich derjenige, dem die Schaffung des Vertrauenstatbestands zuzurechnen ist, hieran festhalten lassen. Er kann sich nicht länger auf die eigentliche Rechtslage berufen und die ihm danach an sich zustehenden Rechte ausüben.¹³²

a. Schaffung eines Vertrauenstatbestands

Bei der Entlastung des Geschäftsführungsorgans eines Verbands wird der Vertrauenstatbestand durch den Entlastungsbeschluss der jeweiligen Mitgliederversammlung geschaffen.¹³³ Durch den Beschluss wird die Geschäftsführung – trotz etwaiger Pflichtverletzungen – als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig gebilligt und damit zum Ausdruck gebracht, dass das Geschäftsführungsorgan keine Sanktionen zu befürchten hat.

Dass ein Beschluss der Mitgliederversammlung einen solchen Vertrauenstatbestand schaffen kann, wurde bereits erläutert. Die Mitgliederversammlung legt als oberstes Verbandsorgan den Verbandswillen autonom und letztverbindlich fest. Ihr gegenüber bestehen

die Rechenschaftspflichten des Geschäftsführungsorgans und ihr obliegt es damit, das Handeln des Organs zu beurteilen und auf seine Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Zudem ist es die Mitgliederversammlung, die im Wesentlichen frei über das Verbandsvermögen verfügen und auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen sowie weiterer Sanktionen endgültig verzichten kann.

Die Schaffung des Vertrauenstatbestands setzt nicht voraus, dass die Mitgliederversammlung auch für die Durchsetzung der Sanktionen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung bzw. für den Abschluss entsprechender Verzehrsverträge bzw. negativer Schuldanerkenntnisse zuständig ist. Wie bereits dargestellt,¹³⁴ ist nur bei der GmbH regelmäßig ein Gleichlauf dieser Kompetenzen gegeben. Bei allen anderen Verbänden fallen die Zuständigkeiten hingegen auseinander. Dieses auf den ersten Blick überraschende Ergebnis wird verständlich, wenn man sich vor Augen führt, dass auch ein Verzehrsvertrag nur dann vom zuständigen Organ mit dem Geschäftsführungsorgan abgeschlossen werden darf, wenn zuvor ein entsprechender Beschluss gefasst worden ist. Für die Fassung dieses Beschlusses ist aber gerade das Gremium zuständig, das auch über die Entlastung entscheidet.¹³⁵ Die unterschiedliche Zuständigkeit für die Erteilung der Entlastung und den Abschluss des Verzehrsvertrags ergibt sich folglich allein daraus, dass der Verzicht – im Gegensatz zur Entlastung – eines Vollzugsaktes in Form eines Vertragsschlusses bedarf.

Richtiger Ansicht nach entsteht der Vertrauenstatbestand schon dadurch, dass das Geschäftsführungsorgan auf irgendeine Weise, d.h. gegebenenfalls auch durch Dritte, vom Entlastungsbeschluss Kenntnis erlangt.¹³⁶ Einer förmlichen Mitteilung des Entlastungsbeschlusses durch die Mitgliederversammlung bedarf es nicht.¹³⁷ Anderenfalls würde der an sich gerade nicht ausführungsbedürftige Entlastungsbeschluss für Zwecke des Eintritts der Präklusionswirkung doch wieder von einem Vollzugsakt abhängig gemacht werden. Dies kann nicht überzeugen, zumal eine Bindung der Mitgliederversammlung und des Verbands an den Entlastungsbeschluss unstreitig bereits mit Beschlussfassung eintritt.¹³⁸

b. Tatsächliches Vertrauen

Dass das Geschäftsführungsorgan, das von dem Entlastungsbeschluss Kenntnis erlangt hat, auch tatsächlich darauf vertraut, wegen etwaiger Pflichtverletzungen nicht mehr mit Sanktionen belegt zu werden, kann regelmäßig vermutet werden. Es ist kaum vorstellbar, dass ein Geschäftsführungsorgan trotz seiner Entlastung weiter mit einer Inanspruchnahme rechnet. Dies mag allenfalls bei kollusivem Zusammenwirken bzw. bei besonders schweren Pflichtverletzungen zweifelhaft sein. Diese Fallgruppen sind jedoch eher unter dem Prüfungspunkt der Schutzwürdigkeit des Vertrauens zu problematisieren.

c. Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Bei der Frage, ob das durch die positive Entlastungsentscheidung geschaffene Vertrauen schutzwürdig ist, sind die Belange der Beteiligten gegeneinander abzuwägen.¹³⁹ Hierbei kommt es vor allem darauf an, ob die Pflichtverletzungen aus den vorgelegten Rechenschaftsunterlagen erkennbar oder den Mitgliedern des Aufsichtsgremiums bekannt waren und wie schwer die Pflichtverstöße wiegen. Ein schutzwürdiges Vertrauen scheidet regelmäßig aus, wenn das Geschäftsführungsorgan versucht hat, seine Pflichtverletzungen zu vertuschen oder der Entlastungsbeschluss nichtig oder wirksam angefochten worden ist. Die Einzelheiten zu diesen Fragen sollen später noch gesondert dargestellt werden.¹⁴⁰

d. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge ergibt sich, dass sich der Verband so behandeln lassen muss, als ob die Geschäftsführung tatsächlich ordnungsgemäß gewesen wäre.¹⁴¹ Sanktionen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung sind deshalb ausgeschlossen. Dies gilt sowohl für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen als auch für sonstige Sanktionen.

Eine Präklusionswirkung scheidet jedoch aus, soweit dem ausdrückliche gesetzliche (§ 120 Abs. 2 Satz 2 AktG) oder satzungsmäßige Regelungen bzw. andere zwingende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen

(z.B. keine Erstreckung der Präklusionswirkung auf Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung von Kapitalaufbringungsoder -erhaltungsvorschriften im GmbH-Recht).¹⁴² Insoweit fehlt es an der Verfügungsbefugnis des Entlastungsorgans; schutzwürdiges Vertrauen kann auf Seiten des entlasteten Organs nicht entstehen. Behält sich das Aufsichtsgremium im Entlastungsbeschluss Sanktionen vor, werden diese naturgemäß von der Präklusionswirkung ebenfalls nicht erfasst.¹⁴³

Da das Verbot widersprüchlichen Verhaltens eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung ist,¹⁴⁴ braucht sich das entlastete Organ in einem späteren Prozess nicht auf die Entlastung berufen. Die Präklusionswirkung tritt gegebenenfalls sogar gegen seinen Willen ein.¹⁴⁵

III. Stellungnahme

Die herrschende Meinung überzeugt. Ihre Grundannahmen bieten ein für alle Fallgruppen gültiges, in sich stimmiges Konzept für die Rechtsnatur der Entlastung und die Herleitung ihrer Präklusionswirkung. Widersprüche zu allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre werden vermieden.

Auf dieser Grundlage wird es auch möglich, die Entlastung inhaltlich von Verzichtsverträgen und negativen Schuldanerkenntnissen in Form von Generalbereinigungsverträgen nach Abschluss einer Geschäftsführungsperiode abzugrenzen.¹⁴⁶ Letztere sind Verträge, die unmittelbar darauf abzielen, Forderungen zum Erlöschen zu bringen. Ihnen liegt jeweils ein Beschluss der Mitgliederversammlung zugrunde, der durch den Abschluss des entsprechenden Vertrags vollzogen wird. Bei der Entlastung geht es hingegen allein um die Billigung der bisherigen Geschäftsführung. Ob Pflichtverletzungen begangen worden sind und deshalb Schadenersatzansprüche gegen das Geschäftsführungsorgan bestehen, ist nur ein Aspekt bei der Entscheidungsfindung, wenn auch ein wesentlicher. Die Präklusionswirkung tritt bei der Entlastung – unter den vorstehend dargestellten Voraussetzungen – kraft Gesetzes ein, ohne dass es eines weiteren Vollzugsaktes bedarf.

Zweiter Teil: Die Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung

Die Schwierigkeiten der Übertragung des Rechtsinstituts der Entlastung vom Verbandsrecht auf das Stiftungsrecht ergeben sich in erster Linie aus der besonderen Struktur der selbstständigen Stiftung. Ihre wichtigsten Merkmale sollen deshalb vorab in der gebotenen Kürze dargestellt werden. Hierauf aufbauend können dann grundsätzliche Erwägungen zur Übertragung des Rechtsinstituts angestellt werden.

A. Der Begriff der selbstständigen Stiftung

Weder das BGB noch die Landesstiftungsgesetze enthalten eine Legaldefinition der selbstständigen Stiftung. Nach allgemeinem Verständnis ist sie eine rechtsfähige, mitgliederlose Organisation, die bestimmte, im Stiftungsgeschäft festgelegte Zwecke mit Hilfe eines diesen Zwecken dauerhaft gewidmeten Vermögens verfolgt.¹⁴⁷ Wesentliche Strukturmerkmale der selbstständigen Stiftung sind demnach der Stiftungszweck, das Stiftungsvermögen und die Stiftungsorganisation.

Dabei ist es primär Sache des Stifters, im Stiftungsgeschäft und in der Satzung geeignete Bestimmungen für die Verfassung seiner Stiftung vorzusehen. Bei Auslegungsfragen ist der im Stiftungsgeschäft und in der Satzung zum Ausdruck kommende verobjektivierte Stifterwille maßgebend.¹⁴⁸ Ergeben sich Regelungslücken, ist auf den mutmaßlichen Willen abzustellen. Der aktuelle, gegebenenfalls geänderte Wille eines noch lebenden Stifters ist nach Anerkennung der Stiftung hingegen nicht mehr relevant.¹⁴⁹ Denn mit ihrer Anerkennung durch die zuständige Behörde ist die Stiftung als eigene rechtsfähige Organisation entstanden

und damit dem Zugriff Außenstehender entzogen. Dies gilt auch für den Stifter selbst. Nach Anerkennung der Stiftung hat er in seiner Eigenschaft als Stifter daher im Grundsatz auch keine Möglichkeiten mehr, die Stiftungssatzung noch zu ändern.¹⁵⁰

Der historische (objektive) Stifterwille bindet nicht nur die Stiftungsorgane, sondern auch die Stiftungsaufsicht. Sie hat die Tätigkeit der Stiftungsorgane insbesondere darauf hin zu überprüfen, ob sie mit dem Stifterwillen vereinbar ist.¹⁵¹

I. Stiftungszweck

Der Stiftungszweck wird vom Stifter im Stiftungsgeschäft festgelegt, §§ 81 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3, 83 Satz 2 BGB. Seine Verwirklichung – unter Beachtung der sonstigen Vorgaben der Stiftungssatzung – ist Ziel der gesamten Stiftungstätigkeit. Nach Anerkennung der Stiftung ist der Stiftungszweck – von engen Ausnahmen abgesehen¹⁵² – nicht mehr änderbar.

Das Gesetz geht vom Grundsatz der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung aus, § 80 Abs. 2 BGB. Der Stifter ist danach in der Auswahl des Stiftungszwecks frei, solange dieser das Gemeinwohl nicht gefährdet. Die Stiftung braucht insbesondere nicht gemein-, sondern kann auch privatnützig sein.¹⁵³ Weitere Einschränkungen ergeben sich lediglich daraus, dass die Erfüllung des Stiftungszwecks möglich¹⁵⁴ und die Stiftung fremdnützig sein muss (Verbot der sog. „Stiftung für den Stifter“¹⁵⁵). Die Verfolgung des Stiftungszwecks hat darüber hinaus auf eine gewisse Dauer angelegt zu sein¹⁵⁶ und darf sich weder auf den einmaligen Verbrauch noch auf die Verwaltung eigenen Vermögens nach den Vorgaben des Stifters beschränken (Verbot der sog. „Selbstzweckstiftung“¹⁵⁷).

II. Stiftungsvermögen

Die Zusage eines Vermögens ist notwendiger Bestandteil des

Stiftungsgeschäfts (§ 81 Abs. 1 Satz 2 BGB).¹⁵⁸ Ohne eine hinreichende Ausstattung mit sachlichen Mitteln ist es der Stiftung nicht möglich, den Stiftungszweck zu verwirklichen. Denn anders als z.B. beim Verein fehlen der Stiftung Mitglieder, die – gegebenenfalls unabhängig von finanziellen Mitteln – durch ihr persönliches Engagement zur Zweckerreichung beitragen können.¹⁵⁹

Eine feste Mindestkapitalausstattung schreiben weder das BGB noch die Landesstiftungsgesetze vor. Es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, welche Mittel vorhanden sein müssen, damit die dauernde und nachhaltige Erfüllung des konkreten Stiftungszwecks gesichert erscheint.¹⁶⁰ Ist die Aufbringung der erforderlichen Mittel nicht sichergestellt, darf die Stiftung nicht anerkannt werden.

Auch bei der späteren Verwaltung der Stiftung ist die besondere Bedeutung des Stiftungsvermögens zu beachten. Gerät das Stiftungsvermögen dauerhaft¹⁶¹ in Verfall und wird dadurch die Erreichung des Stiftungszwecks unmöglich, droht die Aufhebung der Stiftung.¹⁶² Fast alle Landesstiftungsgesetze enthalten deshalb ein ausdrückliches Gebot, das Stiftungsvermögen grundsätzlich in seinem Bestand zu erhalten.¹⁶³ Die Vermögenserhaltungspflicht bezieht sich dabei auf das sog. Grundstockvermögen, d.h. die Gesamtheit der Vermögenswerte, die der Stiftung anlässlich der Stiftungsentstehung oder im Rahmen von Zustiftungen übertragen wurden und nicht zum Verbrauch bestimmt sind.¹⁶⁴ Erträge des Stiftungsvermögens sind demgegenüber wegen der Admassierungsverbote grundsätzlich zeitnah zugunsten des Stiftungszwecks zu verbrauchen.¹⁶⁵

III. Stiftungsorganisation

Die Stiftung als zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks verselbstständiger Vermögensträger wird erst durch ihre Organe handlungsfähig. Vom Gesetz gefordert ist nur der Stiftungsvorstand als gesetzlicher Vertreter der Stiftung (§§ 86 Satz 1 i.V.m. 26 BGB). Der Stiftungsvorstand hat im Wesentlichen die Aufgabe, das Stiftungsvermögen unter Beachtung der sonstigen Vorgaben des

Stiftungsgeschäfts und der Stiftungssatzung so zu verwalten, dass der Stiftungszweck verwirklicht wird.

Dem Stifter steht es frei, neben dem Stiftungsvorstand weitere Organe zu schaffen und ihnen besondere Aufgaben zuzuweisen. Die zusätzlichen Organe können als reine Beratungsgremien fungieren; sie können aber auch mit Kontroll- oder sogar Mitverwaltungsrechten ausgestattet sein.¹⁶⁶ Das Verhältnis zwischen der Stiftung und ihren Organen bzw. verschiedenen Organen untereinander bestimmt sich nach den Regelungen in der Stiftungssatzung.

B. Grundsätzliche Erwägungen zur Anwendung des Rechtsinstituts der Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung

I. Vergleich der Ausgangs- und Interessenlage

Vergleicht man die Ausgangs- und Interessenlage für die Anerkennung des Rechtsinstituts der Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung mit der im Verbandsrecht, zeigen sich auf den ersten Blick viele Parallelen.

1. Ausgangslage

In gleicher Weise wie die Verbandsorgane Geschäfte für den Verband tätigen und dessen Vermögensinteressen wahrnehmen, werden die Stiftungsorgane für die Stiftung tätig. Die Geschäftsführung beschränkt sich auch hier in der Regel nicht auf isolierte Einzelakte, sondern erstreckt sich über einen längeren Zeitraum und eine Vielzahl miteinander zusammenhängender Tätigkeiten, bei denen der Stiftungsvorstand selbstständig Entscheidungen zu treffen hat.

2. Bedürfnis nach Entlastung

Bereits im ersten Teil der Arbeit wurde dargelegt, dass in einer solchen Konstellation – anders als in den normalen Fällen der Fremdgeschäftsführung – grds. ein Bedürfnis für eine regelmäßige und vor allem abschließende Beurteilung der Geschäftsführung besteht, wie sie im Rahmen eines Entlastungsverfahrens stattfindet:¹⁶⁷

Angesichts der Komplexität der Geschäftsführung ist in solchen Fällen die Beantwortung der Frage, ob das Geschäftsführungsorgan seine Pflichten verletzt hat und deshalb Sanktionen im Raum stehen, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Das Geschäftsführungsorgan hat ein

berechtigtes Interesse daran, dass diesbezüglich schon vor Ablauf der allgemeinen für die Sanktionen geltenden Verjährungs- bzw. Ausübungsfristen Rechtssicherheit eintritt. Die damit angesprochene Abschlussfunktion der Entlastung kann nicht nur dem Geschäftsführungsorgan, sondern auch dem Geschäftsherrn (Verband/Stiftung) Vorteile bringen. So werden für die Vergangenheit klare Verhältnisse geschaffen und Ressourcen für die künftige Tätigkeit freigesetzt.

Das Bedürfnis nach einer gegenüber allgemeinen Regeln früher eintretenden Rechtssicherheit ist auch nicht durch die Neuregelung des § 31a BGB (i.V.m. § 86 Satz 1 BGB) beseitigt worden. Danach haftet ein Stiftungsvorstand, der unentgeltlich tätig ist oder für seine Tätigkeit nur eine Vergütung erhält, die 500 EUR jährlich nicht übersteigt, dem Verein gegenüber allein bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Durch diese Norm ist die Haftungsproblematik für den Stiftungsvorstand aber nur in Teilbereichen entschärft worden. Dort etwa, wo die Vergütungsobergrenze des § 31a BGB überschritten wird oder eine grob fahrlässige Pflichtverletzung im Raum steht, bleibt es für die Beteiligten unsicher, ob Sanktionen verhängt werden können.

Die Beratung und anschließende Entscheidung über die Entlastung könnte zudem auch bei der Stiftung zu der für das Verbandsrecht beschriebenen Verbesserung der Kontroll- und Aufsichtsmechanismen führen. Die Einführung eines formalisierten Entlastungsverfahrens gegebenenfalls verbunden mit dem Druckmittel der Präklusionswirkung würde das zuständige Aufsichtsgremium – so es eines gibt – gleich ob beim Verband oder bei der Stiftung dahingehend disziplinieren, seinen Kontrollaufgaben gewissenhaft nachzukommen, da anderenfalls unmittelbar Nachteile für den Verband bzw. die Stiftung und eine Haftung der Mitglieder des Aufsichtsgremiums drohen.

Schließlich wären die psychologischen Wirkungen der Entlastung die gleichen unabhängig davon, ob sie bei einem Verband oder einer Stiftung erteilt wird. Wird einem Geschäftsführungsorgan eine im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßige Geschäftsführung attestiert, ist dies in

jedem Fall ein Lob und eine Anerkennung für seine bisherige Tätigkeit. Dies steigert die Motivation des Organs und kann sich so positiv auf seine künftigen Leistungen auswirken.

Lediglich der insbesondere bei der Aktiengesellschaft zu beobachtende Effekt, dass den einzelnen Verbandsmitgliedern im Entlastungsverfahren individuelle Auskunfts- und Kontrollrechte zustehen, die über ihre allgemeinen Rechte hinausgehen, und sich dadurch die Aufsichtsmechanismen weiter verbessern, kann bei der Stiftung nicht eintreten. Es handelt sich dabei um einen spezifisch mitgliedschaftsrechtlichen Aspekt der Entlastung, der bei der Stiftung wegen ihrer fehlenden verbandsmäßigen Struktur naturgemäß keine Rolle spielen kann.

II. Für die Entlastung zuständige Gremien

Trotz dieser sehr weitgehenden Ähnlichkeiten gibt es aber auch ganz grundsätzliche Bedenken gegen eine Anwendung der Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung. Ausgehend von einem einheitlichen, für alle Rechtsformen geltenden Entlastungsbegriff müsste es ein Gremium geben, dem gegenüber der Stiftungsvorstand rechenschaftspflichtig ist und das die Geschäftsführung abschließend auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit hin überprüfen kann. Fehlt ein solches, kann eine gleichwohl erteilte „Entlastung“ keine Billigung der Geschäftsführung als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig und damit keine Entlastung im Rechtssinne darstellen. Die Entlastung kann zudem nur dann Präklusionswirkungen entfalten, wenn dieses Gremium auch berechtigt ist, endgültig über Vermögenspositionen bzw. Sanktionsrechte der Stiftung zu verfügen. Anderenfalls kann ein schutzwürdiges Vertrauen des Geschäftsführungsorgans darauf, wegen etwaiger Pflichtverletzungen nicht in Anspruch genommen zu werden, nicht entstehen.

Im Verbandsrecht bereiten diese Anforderungen keine besonderen Schwierigkeiten. Wie bereits dargelegt wurde,¹⁶⁸ verfügt die Mitgliederversammlung über die entsprechenden Kompetenzen. Bei der Stiftung gibt es hingegen keine Mitgliederversammlung. Es stellt sich

damit die Frage, wer bei ihr über die für eine Entlastungserteilung notwendigen Befugnisse verfügen kann. In Betracht kommen insofern die staatlichen Stiftungsbehörden, sonstige außenstehende Personen wie der Stifter oder Stiftungsdestinatäre, der Stiftungsvorstand selbst oder aber stiftungsinterne Aufsichtsorgane.

Im Folgenden ist darzulegen, dass eine Entlastungserteilung allein durch ein stiftungsinternes Aufsichtsorgan in Betracht kommt, die von einem solchen Organ erteilte Entlastung aber keine Präklusionswirkungen entfalten kann.

1. Entlastung durch die staatlichen Stiftungsbehörden?

a. Entlastung als Aufgabe der staatlichen Stiftungsaufsicht?

Die staatliche Stiftungsaufsicht ist im BGB nicht geregelt, wird aber – wie § 87 Abs. 1 BGB zeigt – als gegeben vorausgesetzt.¹⁶⁹ Ihre Ausgestaltung ist gemäß Art. 70 Abs. 1 GG Sache der Länder, die allerdings bundesrechtliche Vorgaben zu beachten haben. Grenzen für die Stiftungsaufsicht ergeben sich insbesondere aus den Grundrechten des Stifters und der Stiftung.¹⁷⁰ Neben vielen Gemeinsamkeiten bestehen bei der konkreten Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht im Detail erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern.

Den Stiftungsbehörden steht nach den jeweiligen Landesstiftungsgesetzen eine Vielzahl unterschiedlicher öffentlich-rechtlicher Aufsichtsmittel zur Verfügung. Für die Kontrolle der Geschäftsführung der Stiftungsorgane sind insbesondere die folgenden Befugnisse von Bedeutung:¹⁷¹

- periodische Überprüfung der Rechnungslegung der Stiftung als Korrelat zu Vorlagepflichten der Stiftungsorgane,¹⁷²
- Informationsrechte,¹⁷³
- Beanstandungs- und Anordnungsbefugnisse sowie Befugnisse zur Ersatzvornahme,¹⁷⁴
- Zustimmungs- und Anzeigepflichten hinsichtlich bestimmter Geschäftsführungsmaßnahmen,¹⁷⁵
- Befugnisse zur Geltendmachung von Ansprüchen der Stiftung gegen

ihre Organmitglieder, insbesondere auch von Schadenersatzansprüchen,¹⁷⁶ sowie

- Befugnisse zur Abberufung von Stiftungsorganen aus wichtigem Grund.¹⁷⁷

Vergleicht man das Verfahren der staatlichen Stiftungsaufsicht mit den im ersten Teil der Arbeit dargestellten Prüfungs- und Kontrollmechanismen im Vorfeld der Entlastungsentscheidung bei Verbänden, zeigen sich viele Ähnlichkeiten. So wie das Geschäftsführungsorgan des Verbands verpflichtet ist, der Mitgliederversammlung Rechnungslegungsunterlagen und Rechenschaftsberichte vorzulegen, haben die Stiftungsorgane entsprechende Unterlagen bei der Stiftungsbehörde einzureichen. Auf der Grundlage dieser Unterlagen wird jeweils die Geschäftsführungstätigkeit beurteilt und darüber entschieden, ob Sanktionen gegen das Verbands- bzw. Stiftungsorgan zu verhängen sind. Wie erwähnt, sehen einige Landesstiftungsgesetze für die Aufsichtsbehörde sogar die Befugnis vor, auch Schadenersatzansprüche der Stiftung gegen das Organ geltend zu machen.

*Neuhoff*¹⁷⁸ ist deshalb der Ansicht, das Schweigen der Stiftungsaufsicht nach Einreichung des Rechenschaftsberichts stelle eine – wenn auch nicht förmliche – Entlastung des Geschäftsführungsorgans dar, die wie im Verbandsrecht die Wirkung eines Verzichts oder negativen Schuldanerkenntnisses habe.¹⁷⁹ Die zuständige Aufsichtsbehörde nehme praktisch die Interessen des Stifters bzw. eines Eigentümers des Vermögens an einer ordentlichen und rechts- und satzungskonformen Geschäftsführung wahr. Zum Wesen der Aufsicht gehöre nach modernen organisationswissenschaftlichen Erkenntnissen aber nicht nur die aus der hierarchischen Überordnung über den Handelnden abzuleitende Disziplinierungsfunktion, sondern auch eine Motivierungsfunktion. Diese könne nur durch Entlastung (= Lob) ausgeübt werden. Insofern sei der Stiftungsaufsicht „Entlastung“ als Aufgabenbereich zuzuschreiben.

b. Kritik

Die Auffassung *Neuhoffs* ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen.

Zunächst ist anzumerken, dass er, soweit er das Schweigen der Stiftungsaufsicht auf den Rechenschaftsbericht als Entlastung deuten will, einer bloßen Untätigkeit der Aufsichtsbehörde unzulässiger Weise einen weitreichenden Erklärungsinhalt beimisst.¹⁸⁰ Selbst wenn man eine konkludente Entlastung für möglich halten sollte,¹⁸¹ müsste das Verhalten als konkrete Billigung der Geschäftsführung ausgelegt werden können. Dies ist bei einem bloßen Schweigen auf die Vorlage von Rechenschaftsberichten jedoch nicht der Fall.

Die Kritik an der Ansicht *Neuhoffs* ist aber noch weit grundsätzlicherer Art. Schon seine Ausgangsthese, wonach die Stiftungsaufsicht berechtigt sein soll, die Interessen des Stifters bzw. eines Eigentümers des Stiftungsvermögens an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung in einem Umfang wahrzunehmen, wie es für die Erteilung einer Entlastung im Rechtssinne erforderlich wäre, ist unzutreffend. Weder ist die staatliche Stiftungsaufsicht berechtigt, das Handeln des Stiftungsvorstands auf seine Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen, noch hat sie die für die Anerkennung einer Präklusionswirkung erforderliche Verfügungsbefugnis über das Stiftungsvermögen. Derartige Befugnisse wären mit dem heutigen Verständnis von der Funktion und den Grenzen der staatlichen Stiftungsaufsicht auch gar nicht vereinbar. Folglich kann selbst eine ausdrücklich erklärte Billigung der Geschäftsführung des Stiftungsvorstands durch die Stiftungsaufsicht keine Entlastung im Rechtssinne darstellen oder vergleichbare Wirkungen entfalten. Dies soll im Folgenden näher begründet werden.

aa. Begrenzung der Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht

Lange Zeit unterstanden selbstständige Stiftungen einer umfassenden Staatsaufsicht. Es herrschte die Vorstellung, dass es sich bei Stiftungen¹⁸² um tot daliegende und damit handlungsunfähige Vermögensmassen handele.¹⁸³ Bei diesen sollte wie bei einer geschäftsunfähigen natürlichen Person nicht nur ein Bedürfnis nach einem Vormund in Gestalt eines Vertretungsorgans (Vorstand), sondern ebenso nach einer Obervormundschaft des Staates als Oberaufsicht bestehen.¹⁸⁴ Die Stiftungsaufsicht beschränkte sich deshalb nicht auf eine

Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern es wurde auch die Zweckmäßigkeit des Organhandelns geprüft. Die Aufsichtsbehörden orientierten sich dabei nicht allein an den Interessen der Stiftung, sondern auch an denen des Staates, als dessen Bestandteil im weiteren Sinne sie schließlich angesehen wurde.¹⁸⁵

Diese Vorstellung vom Verhältnis zwischen Staat (Stiftungsaufsicht) und Stiftung hat sich jedoch grundlegend gewandelt. Es ist mittlerweile unstreitig, dass die selbstständige Stiftung nach Art. 19 Abs. 3 GG selbst Grundrechtsträgerin ist und ihr damit der Schutz der Grundrechte gegen unberechtigte Eingriffe des Staates zuteil wird.¹⁸⁶ Die privatrechtliche Stiftung ist weder Bestandteil des Staates, noch untersteht sie seiner „Obervormundschaft“. Vielmehr befindet sie sich bei ihrer Betätigung in einer mit einer natürlichen Person vergleichbaren grundrechtstypischen Gefährdungslage.¹⁸⁷

Auf der anderen Seite bleibt auch auf der Grundlage dieses neuen Verständnisses ein Bedürfnis für eine staatliche Stiftungsaufsicht. Die Stiftung bedarf nämlich des Schutzes nicht nur vor dem Staat, sondern auch vor einem stiftungszweckwidrigen Verhalten ihrer Organe.¹⁸⁸ Die dafür erforderliche Kontrolle der Stiftungsorgane ist ohne eine staatliche Stiftungsaufsicht nicht in jedem Fall sichergestellt. So scheidet bei Stiftungen eine Aufsicht durch Mitglieder oder Eigentümer naturgemäß aus. Auch der Stifter kann diese Funktion nicht erfüllen, weil die Stiftung mit ihrer Anerkennung als eigene rechtsfähige Organisation entsteht und dem Zugriff Außenstehender einschließlich des Stifters entzogen ist. Aber auch ein stiftungsinternes Kontrollorgan ist nicht immer vorhanden. Weder das BGB noch die Landesstiftungsgesetze schreiben ein solches zwingend vor.¹⁸⁹ Und selbst wenn es ein Aufsichtsorgan gibt, bedeutet dies noch nicht, dass es seine Pflichten auch ordnungsgemäß erfüllt. Es kann folglich zu einem Kontrollvakuum kommen, das die staatliche Stiftungsaufsicht als „Garant des Stifterwillens“¹⁹⁰ zu füllen hat.¹⁹¹

Dieser Gegensatz zwischen dem Interesse an einer weitreichenden Stiftungsaufsicht zum Schutz der Stiftung vor ihren Organen und dem Interesse an einer Beschränkung der Aufsicht zum Schutz vor zu starken

staatlichen Eingriffen wird dadurch aufgelöst, dass die Stiftungsaufsicht heute als reine Rechtsaufsicht ausgestaltet ist.¹⁹² Eine Fachaufsicht, die sich auch auf die Zweckmäßigkeit des Organhandelns erstrecken würde, ist den Aufsichtsbehörden untersagt. Alle Landesstiftungsgesetze enthalten entsprechende Klarstellungen.¹⁹³ Ausgehend von der hier vertretenen Auffassung, nach der bei der Entlastungsentscheidung stets über die Recht- und Zweckmäßigkeit des Geschäftsführung zu urteilen ist, kann eine Entlastung im Rechtssinne nicht von einer Instanz erteilt werden, der eine Zweckmäßigkeitsprüfung nicht gestattet ist.

Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht mit der von *Neuhoff* angeführten „Motivierungsfunktion“ der Stiftungsaufsicht begründen. Zwar trifft es zu, dass sich die Leistungen eines Geschäftsführungsorgans verbessern können, wenn es einer Aufsicht untersteht, die nicht nur disziplinierend, sondern auch motivierend einwirkt, und das Entlastungsverfahren hierzu einen wesentlichen Beitrag leisten kann.¹⁹⁴ Es ist aber nicht Aufgabe des Staates, im Rahmen der Stiftungsaufsicht als „Motivator“ der Stiftungsorgane zu fungieren. Widersprüche zur Beschränkung der Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht wären unvermeidlich. Insbesondere kann eine Motivierungsfunktion erst dann richtig zum Tragen kommen, wenn sich das Urteil des Aufsichtsorgans nicht auf die Aussage beschränkt, dass Verstöße gegen Gesetz und Satzung nicht vorliegen, sondern ebenso zur Zweckmäßigkeit des Handelns Stellung nimmt.

Eine „Motivierungsfunktion“ der Stiftungsaufsicht ist schließlich auch deshalb kritisch zu beurteilen, weil sich die Aufsichtsbehörde dadurch – ähnlich wie bei der präventiven Beratung der Stiftungsorgane – stark in die Entscheidungsprozesse der Stiftung einschalten würde. Dies könnte sogar zu einer Schwächung der Stiftungsaufsicht führen, weil dadurch die für eine effektive Rechtsaufsicht erforderliche Distanz zwischen den Beteiligten verloren ginge. Denn je stärker die Aufsichtsbehörde bereits im Vorfeld in die Entscheidungsfindung eingebunden war, desto unwahrscheinlicher ist es, dass sie die betreffenden Vorgänge später im Rahmen der Rechtsaufsicht aufgreift. Damit würde sie nämlich gegebenenfalls auch eigenes Fehlverhalten eingestehen.¹⁹⁵

bb. Fehlende Verfügungsbefugnis über das Stiftungsvermögen

Auch wenn eine von der Aufsichtsbehörde erklärte Billigung der Geschäftsführung eines Stiftungsorgans aus den vorgenannten Gründen keine Entlastung im Rechtssinn darstellt, bleibt die Frage, ob sie nicht jedenfalls die gleichen Wirkungen haben und damit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen und sonstigen Sanktionen entgegenstehen kann.

Dies ist jedoch zu verneinen, weil die Stiftungsaufsicht keine Befugnis hat, über das Vermögen der Stiftung zu verfügen.¹⁹⁶ Es fehlt schon an einer Rechtsgrundlage, die einen solchen Eingriff in Vermögenspositionen der Stiftung rechtfertigen würde.¹⁹⁷ Eine Legitimation ergibt sich auch nicht aus der Befugnis der Aufsichtsbehörden, Schadenersatzansprüche der Stiftung gegen die Stiftungsorgane durchzusetzen, wie sie einige Landesstiftungsgesetze vorsehen.¹⁹⁸ Zum Teil ist die Zuständigkeit hierfür – jedenfalls dem Wortlaut nach – der Aufsichtsbehörde generell übertragen;¹⁹⁹ zum Teil greift die Befugnis erst ein, wenn das dafür zuständige Organ der Stiftung die Ansprüche nicht binnen angemessener Frist geltend gemacht hat.²⁰⁰ Selbst wenn es die Landesstiftungsgesetze in das Ermessen der Aufsichtsbehörde stellen, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen,²⁰¹ wird den Behörden damit jedoch keine Verfügungsbefugnis über die Ansprüche der Stiftung eingeräumt. Das Ermessen erstreckt sich nur auf die pflichtgemäße Entscheidung, die bestehenden Ansprüche der Stiftung durchzusetzen oder davon abzusehen, nicht hingegen darauf, auf diese fremden Ansprüche zu verzichten oder anderweitig darüber zu verfügen.²⁰² Eine solche Befugnis könnte wohl auch gar nicht vom Stiftungsgesetzgeber geschaffen werden. Sie hätte nämlich zur Folge, dass das Stiftungsvermögen einem weit reichenden Zugriff des Staates ausgesetzt wäre. Dies stünde im Widerspruch zur Grundrechtsträgerschaft der Stiftung und ihrer vorstehend dargestellten Eigenständigkeit gegenüber dem Staat.

Die fehlende Verfügungsbefugnis zeigt sich auch dann, wenn die Aufsichtsbehörde bereits im Vorfeld ihre Zustimmung zu einer rechtswidrigen Handlung eines Stiftungsorgans erteilt hat. In einem

solchen Fall beschränken sich die Rechte der Stiftung nicht auf den Amtshaftungsanspruch gegen den Staat wegen Verletzung der gegenüber der Stiftung bestehenden Amtspflichten. Vielmehr besteht regelmäßig vorrangig (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB) ein Ersatzanspruch der Stiftung gegen das betreffende Stiftungsorgan. Dies folgt daraus, dass die Zustimmung der Aufsichtsbehörde die Pflicht des Stiftungsorgans, sich rechtmäßig zu verhalten, unberührt lässt.²⁰³ Zwar wird im Anschluss an eine Entscheidung des Kammergerichts²⁰⁴ zum Teil die Ansicht vertreten, dass eine Haftung der Stiftungsorgane ausscheide, wenn der Aufsichtsbehörde das betreffende Verhalten des Stiftungsorgans bekannt gewesen sei und deren Zustimmung gefunden habe oder jedenfalls nicht beanstandet worden sei.²⁰⁵

Ob diese Ansicht in dieser Allgemeinheit wirklich Zustimmung verdient,²⁰⁶ kann hier allerdings dahinstehen. Auch nach dieser Meinung entfällt die Haftung nämlich nicht etwa deshalb, weil die Handlungen der Stiftungsorgane infolge der Zustimmung der Aufsichtsbehörde rechtmäßig geworden wären. Vielmehr soll es nur an einem Verschulden der Stiftungsorgane fehlen.²⁰⁷ Eine Verfügungsbefugnis der Aufsichtsbehörden über die Vermögensinteressen der Stiftung bzw. entsprechende Ansprüche wird folglich auch von den Vertretern dieser Ansicht nicht behauptet.

c. Kompetenz zur Entlastungserteilung aufgrund Ermächtigung in der Stiftungssatzung?

Auch wenn die staatliche Stiftungsaufsicht nach den gesetzlichen Vorgaben nicht berechtigt ist, Entlastung im Rechtssinn zu erteilen oder über Vermögenspositionen der Stiftung zu verfügen, stellt sich die Frage, ob den Stiftungsbehörden nicht durch die Stiftungssatzung die Befugnis zur Entlastungserteilung eingeräumt werden kann.

Inwieweit der Stifter die Kompetenzen der Aufsichtsbehörde über den gesetzlichen Rahmen hinaus erweitern kann, ist umstritten. Teile der Literatur lehnen eine solche Möglichkeit schon im Ausgangspunkt aus dogmatischen Gründen ab. Weil sich öffentlich-rechtliche

Aufsichtsbefugnisse nicht durch privates Rechtsgeschäft erweitern ließen, könnte die Stiftungsbehörde die Befugnis zur Entlastungserteilung nicht als staatliche Aufsichtsbehörde, sondern nur als weiteres Stiftungsorgan auf privatrechtlicher Grundlage wahrnehmen.²⁰⁸ Als Stiftungsorgan unterläge die Stiftungsbehörde jedoch wiederum der staatlichen Stiftungsaufsicht. Letztlich müsste sich die Stiftungsbehörde damit selbst kontrollieren. Dies sei aber nicht zulässig; ein und dieselbe Behörde könne nicht zugleich Kontrolleurin und Kontrollierte sein.²⁰⁹

Die Gegenansicht hält hingegen eine Erweiterung der Kompetenzen der Stiftungsbehörden über die Vorgaben der Landesstiftungsgesetze hinaus im Grundsatz für möglich.²¹⁰ Es sei im Rahmen des Anerkennungsverfahrens zu prüfen, ob die Übernahme der zusätzlichen Aufgaben durch die Stiftungsbehörde mit öffentlichen Interessen vereinbar sei. Dabei seien insbesondere Gesichtspunkte der Verwaltungseffizienz und die Gefahr neuer Haftungsrisiken für die Behörden bei Wahrnehmung dieser ungewohnten Aufgaben zu berücksichtigen.²¹¹

Auch nach der zuletzt genannten Ansicht ist es allerdings nicht möglich, in der Stiftungssatzung eine Kompetenz zur Entlastungserteilung für die Stiftungsbehörden zu schaffen. So räumen ihre Vertreter ein, dass sich die staatliche Rechtsaufsicht durch die Übernahme weiterer Aufsichtsfunktionen nicht insgesamt in eine Fachaufsicht wandeln dürfe.²¹² Bei der Entlastungserteilung wäre aber genau das der Fall, da in deren Rahmen nicht nur über die Recht-, sondern auch über die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung zu urteilen ist.

d. Ergebnis

Wegen der Beschränkung der Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht können die staatlichen Stiftungsbehörden keine Entlastung im Rechtssinn erteilen. Da sie zudem keine Befugnis haben, über das Stiftungsvermögen zu verfügen, kann eine von ihnen erklärte Billigung der Geschäftsführung auch keine Schadenersatzansprüche gegen den Stiftungsvorstand präkludieren. Entsprechende Befugnisse können ihr auch nicht durch die Stiftungssatzung eingeräumt werden.

2. Entlastung durch den Stifter oder Stiftungsdestinatäre?

Ein besonderes Interesse an einer recht- und zweckmäßigen Geschäftsführung durch den Stiftungsvorstand haben regelmäßig auch der Stifter und die Stiftungsdestinatäre. Beide Personengruppen sind mit der Stiftung enger verbunden als andere: Der Stifter, weil er die Stiftung ins Leben gerufen hat, und die Stiftungsdestinatäre, weil sie Leistungen aus dem Stiftungsvermögen erhalten. Gleichwohl haben nach geltendem Stiftungsrecht weder der Stifter noch die Stiftungsdestinatäre als solche die Befugnis, dem Stiftungsvorstand Entlastung zu erteilen.

Es wurde bereits dargelegt, dass die Stiftung mit ihrer Anerkennung als eigene rechtsfähige Organisation entsteht und dem Zugriff Außenstehender entzogen ist. Außenstehender in diesem Sinne ist auch der Stifter. Nach Anerkennung der Stiftung hat er als solcher keine Aufsichtsrechte gegenüber den Stiftungsorganen.²¹³ Er ist zudem nicht mehr befugt, über das Stiftungsvermögen zu verfügen;²¹⁴ dieses ist endgültig auf die Stiftung übergegangen.²¹⁵ Er steht „seiner“ Stiftung im Grundsatz wie jeder andere fremde Dritte gegenüber.

Auch die Stiftungsdestinatäre haben als solche keine für die Entlastungserteilung erforderlichen Aufsichtsrechte oder für die Anerkennung einer Präklusionswirkung notwendigen Verfügungsbefugnisse über das Stiftungsvermögen. Von Gesetzes wegen haben sie weder einen Leistungsanspruch noch Kontroll- oder Einsichtsrechte.²¹⁶

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass dem Stifter und/oder den Stiftungsdestinatären in der Stiftungssatzung ausdrücklich Aufsichtsrechte zugewiesen werden. In einer solchen Konstellation werden die betreffenden Personen aber nicht in ihrer Eigenschaft als Stifter oder Destinatär, sondern als Organ der Stiftung tätig. Inwieweit durch Stiftungsorgane Entlastung erteilt werden kann, ist im Folgenden gesondert zu untersuchen.

3. Eigenentlastung des Stiftungsvorstands?

Denkbar ist zunächst, dass der Stiftungsvorstand selbst den Beschluss fasst, sich insgesamt oder einzelne seiner Mitglieder zu entlasten. Eine Eigenentlastung des Stiftungsvorstands ist jedoch ebenfalls nicht anzuerkennen, und zwar unabhängig davon, ob die Entlastung Präklusionswirkungen entfalten kann oder nicht.

Dabei soll an dieser Stelle noch dahinstehen, ob ein solcher Beschluss schon am Verbot scheitert, über die eigene Entlastung abzustimmen.²¹⁷ Die generelle Anwendbarkeit und Reichweite dieses Stimmverbots im Stiftungsrecht ist später noch gesondert zu untersuchen.²¹⁸ Eine Eigenentlastung scheitert nämlich jedenfalls an dem bereits dargestellten Zusammenhang zwischen allgemeinen Aufsichtsrechten des Kontrollgremiums und der Entlastung.

a. Keine realistische Aussicht auf eine ordnungsgemäße Ausübung der Aufsichtsrechte

Die Entlastung setzt voraus, dass in Anbetracht der dem Aufsichtsorgan zugewiesenen Aufgaben zumindest die realistische Aussicht darauf besteht, dass die Aufsichtsrechte im Vorfeld der Entlastungserteilung auch ordnungsgemäß ausgeübt werden.²¹⁹ Fehlt diese Aussicht, kommt dem mit der Entlastungsentscheidung verbundenen Urteil über die Recht- und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung kein eigenständiger Wert zu. Das Rechtsinstitut würde letztlich ad absurdum geführt.

Dies wäre auch bei Anerkennung einer Eigenentlastung der Fall. Es ist nicht zu erwarten, dass eine ordnungsgemäße Kontrolle stattfindet, wenn sich ein und dasselbe Organ selbst beaufsichtigen soll. Die darauf aufbauende Eigenbeurteilung der Geschäftsführung ist weitgehend wertlos. Weder kann sie als Grundlage für Präklusionswirkungen dienen. Noch verdient sie es, überhaupt als Entlastung im Rechtssinne anerkannt zu werden.²²⁰

b. Besonderheiten bei mehrköpfigen Stiftungsvorständen

Die fehlende Aussicht auf eine ordnungsgemäße Aufsicht im Vorfeld der

Entlastungserteilung ist offensichtlich, wenn der Stiftungsvorstand nur aus einer Person besteht. Gleiches gilt aber auch bei mehrköpfigen Stiftungsvorständen.

aa. Mehrköpfiger Stiftungsvorstand ohne Geschäftsverteilungsplan

Fehlt bei solchen Kollegialorganen eine besondere Geschäftsverteilung, ist jedes Organmitglied für alle Geschäftsführungsmaßnahmen verantwortlich.²²¹ Eine pflichtwidrige Geschäftsführung einzelner Organmitglieder stellt damit zugleich eine Pflichtverletzung der übrigen Mitglieder dar. Angesichts dieser Gesamtverantwortung besteht selbst dann keine hinreichende Aussicht auf eine ordnungsgemäße Kontrolle, wenn nicht über die Entlastung des Kollegialorgans als solches, sondern nur einzelner seiner Mitglieder und auch nur bezogen auf Handlungen, an denen die übrigen Organmitglieder nicht mitgewirkt haben, entschieden werden soll. Denn auch in diesen Fällen würde eine gewissenhafte Überprüfung der Geschäftsführung aus Sicht der übrigen Organmitglieder stets die Gefahr der Selbstbelastung mit sich bringen. Es ist zu erwarten, dass die Entlastung sehr wohlwollend erteilt würde und ihre Kontrollfunktionen nicht erfüllen könnte.

bb. Mehrköpfiger Stiftungsvorstand mit Geschäftsverteilungsplan

Fraglich ist, ob dies anders beurteilt werden kann, wenn einzelnen Organmitgliedern hinsichtlich der vom Geschäftsführungsorgan zu erfüllenden Aufgaben bestimmte Ressorts zugewiesen worden sind. Die Zuordnung der Sachgebiete kann in der Stiftungssatzung selbst oder einer darauf gestützten Geschäftsordnung erfolgen.²²² Begeht in seinem Ressort ein Organmitglied Pflichtverletzungen, haftet es grundsätzlich nur selbst, nicht hingegen auch die nach der internen Sachgebietsverteilung unzuständigen anderen Organmitglieder.²²³ Jedenfalls auf den ersten Blick erscheint deshalb eine unvoreingenommene Kontrolle und Beurteilung durch die übrigen Organmitglieder realistisch. Letztlich muss eine Eigenentlastung aber auch hier ausscheiden.

(1.) Zu beachten ist zunächst, dass auch in diesen Fällen eine

Gesamtverantwortung aller Organmitglieder für die Geschäftsführung besteht. Sie ergibt sich daraus, dass das Gesetz grundsätzlich dem Organ als solchem und nicht lediglich einzelnen Mitgliedern die Verantwortung für die Führung der Geschäfte zuweist (vgl. § 27 Abs. 3 i.V.m. § 86 Satz 1 BGB).²²⁴ Die Gesamtverantwortung wirkt sich nach richtiger Ansicht dahingehend aus, dass sich die grundsätzliche Pflicht zur Geschäftsführung in eine Pflicht jedes Organmitglieds umwandelt, die anderen Organmitglieder im Hinblick auf die Erfüllung ihrer Pflichten in ihren jeweiligen Sachgebieten zu überwachen und zu kontrollieren.²²⁵ Wegen dieser Überwachungspflicht müssen alle Organmitglieder den anderen Ressorts eine gewisse Aufmerksamkeit widmen und sich über die Tätigkeit ihrer Kollegen von Zeit zu Zeit informieren. Werden Pflichtverletzungen ersichtlich, haben sie dafür zu sorgen, dass das betreffende Mitglied diese abstellt, und als ultima ratio sogar sein Ressort zu übernehmen.²²⁶ Erfüllen die Organmitglieder die Überwachungspflicht nicht ordnungsgemäß, machen sie sich gegenüber der Stiftung selbst haftbar.

Vor diesem Hintergrund besteht selbst bei Geltung eines Ressortverteilungsplans keine hinreichende Aussicht darauf, dass im Zusammenhang mit der Entlastungsentscheidung eine gewissenhafte Kontrolle stattfindet. Würden nämlich erst bei der Entlastungsentscheidung Pflichtverletzungen einzelner Organmitglieder aufgedeckt werden, läge der Vorwurf nahe, dass die übrigen Organmitglieder ihre laufende Überwachungspflicht im Vorfeld verletzt haben. Es bestünde folglich auch hier die Gefahr einer Selbstbelastung.

(2.) Zum gleichen Ergebnis muss letztlich auch die Gegenansicht gelangen, die eine aus der Gesamtverantwortung aller Organmitglieder abzuleitende generelle Überwachungspflicht ablehnt. Eine Pflicht zum Einschreiten soll danach erst dann bestehen, wenn bereits Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen vorliegen.²²⁷ Damit ist zwar die Gefahr, sich bei Aufdeckung von Pflichtverletzungen dem Vorwurf auszusetzen, selbst eigene Überwachungspflichten verletzt zu haben, deutlich verringert. Eine hinreichende Aussicht auf eine ordnungsgemäße Kontrolle besteht gleichwohl auch hier nicht. Vielmehr entspricht es allgemeiner Erfahrung,

dass immer dann, wenn sich mehrere Personen gegenseitig kontrollieren sollen, die Beurteilungen sehr wohlwollend ausfallen. So riskiert ein Beteiligter, der sich nicht an diese ungeschriebene Regel hält und Pflichtverletzungen anderer anprangert, im Gegenzug von diesen selbst kritisch beurteilt zu werden. Häufig einigen sich die Beteiligten deshalb stillschweigend darauf, einander keine Schwierigkeiten zu bereiten. Die Aussagekraft gegenseitiger Beurteilungen ist daher äußerst gering. Sie sollten nicht als Entlastungen im Rechtssinne anerkannt werden.²²⁸ Eine Entlastung kann sinnvoller Weise nur von solchen Organen bzw. Personen erteilt werden, die im Gegenzug nicht gerade von der zu entlastenden Person kontrolliert werden.

4. Entlastung durch ein gesondertes Aufsichtsorgan der Stiftung

Wie bereits angedeutet, steht es dem Stifter frei, in der Stiftungssatzung neben dem Stiftungsvorstand weitere Organe vorzusehen. Insbesondere kann er ein stiftungsinternes Kontrollorgan schaffen, das ergänzend zur externen staatlichen Aufsicht die Tätigkeit des Stiftungsvorstands überwacht.

In der Praxis haben sich solche Kontrollgremien bewährt,²²⁹ bieten sie doch zusätzliche Sicherheit dafür, dass der Stiftungsvorstand seinen Pflichten nachkommt.²³⁰ Ein funktionierendes internes Kontrollorgan kann zudem nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität staatlicher Stiftungsaufsicht ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde überflüssig und damit sogar unzulässig machen.²³¹

Auch die Landesstiftungsgesetzgeber stehen der Schaffung stiftungsinterner Aufsichtsorgane keineswegs ablehnend gegenüber. Das Berliner Stiftungsgesetz ordnete ursprünglich sogar an, dass eine Familienstiftung nur genehmigt werden konnte, wenn deren Satzung ein solches Organ vorsah.²³² Dieses Erfordernis konnte nach der Stiftungsrechtsreform des Jahres 2002 zwar nicht aufrechterhalten werden, da es über den abschließenden Katalog der Anerkennungsvoraussetzungen des § 80 Abs. 2 BGB hinausging. Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 BerlStiftG in seiner derzeit geltenden Fassung²³³ sollen die Aufsichtsbehörden aber

weiter darauf hinwirken, dass bei Familienstiftungen stiftungsinterne Aufsichtsorgane geschaffen werden. § 8 Abs. 2 Satz 2 BWStiftG normiert schließlich ausdrücklich, dass bestimmte Maßnahmen der staatlichen Rechtsaufsicht entfallen, wenn und solange eine ordnungsgemäße Überwachung der Verwaltung durch ein in der Stiftungssatzung vorgesehenes unabhängiges Kontrollorgan gewährleistet erscheint.

Schließlich mehren sich in der Literatur und Praxis die Stimmen, die unter Berufung auf sich entwickelnde Grundsätze einer „Foundation Governance“ zumindest dann für die Einrichtung von Überwachungs- bzw. Aufsichtsorganen plädieren, wenn die Vermögensausstattung der Stiftung ein gewisses Gewicht hat und die Schaffung eines zweiten Organs nicht außer Verhältnis steht. Auf diese Weise sollen die Interessenskonflikte zwischen Stiftungsvorstand und Stiftung sowie Kontrolldefizite (principal-agent-Probleme) entschärft werden.²³⁴

Die Rechte und Pflichten des Aufsichtsorgans richten sich allein nach der Stiftungssatzung. Anders als bei der staatlichen Stiftungsaufsicht ist die Kontrolle nicht automatisch auf eine Rechtsaufsicht beschränkt. Die Stiftungssatzung kann vielmehr vorsehen, dass das Aufsichtsorgan auch die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Stiftungsvorstands zu überprüfen hat.²³⁵ Ist ein solches Aufsichtsgremium geschaffen worden, ist zumindest die erste Voraussetzung für die Anerkennung der Entlastung erfüllt: Es gibt ein Gremium, das auf der Grundlage seiner Aufsichtsrechte die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig billigen kann.

Aus der Existenz eines solchen stiftungsinternen Aufsichtsorgans folgt jedoch nicht automatisch, dass dieses auch die erforderliche Verfügungsbefugnis hat, damit die Entlastung Präklusionswirkungen entfalten kann. Ob und unter welchen Voraussetzungen Präklusionswirkungen anzuerkennen sind, ist stark umstritten. Die dazu bisher geführte Diskussion kreist im Wesentlichen um drei Fragen, die wiederum miteinander verknüpft sind: Setzt die Präklusionswirkung voraus, dass die Stiftungssatzung dem Aufsichtsorgan ausdrücklich die Kompetenz für eine Entlastungserteilung zuweist? Löst allein eine

rechtmäßig erteilte Entlastung Präklusionswirkungen aus? Und inwieweit steht dem Aufsichtsorgan ein Ermessen bei der Entlastungserteilung zu?

a. Überblick über den Meinungsstand

*Schwintek*²³⁶ steht der Präklusionswirkung der Entlastung im Stiftungsrecht kritisch gegenüber. Erstens kenne die Stiftung keine Mitglieder, die kraft eigenen Rechts über ihr zustehende Ansprüche gleichsam verfügen könnten. Zweitens komme dem Vermögensschutz im Stiftungsrecht besondere Bedeutung zu, da das Vermögen die existentielle Grundlage der Stiftung bilde. Und drittens könne ein dem Entlastungsorgan notwendig einzuräumendes Ermessen die Gefahr bergen, dass sachfremde Erwägungen zum Tragen kämen, da die Verweigerung einer Entlastung des Vorstands mittelbar auch die Frage aufwerfe, ob neben der Geschäftsführung des Vorstandes nicht auch die Aufsichtstätigkeit des die Entlastung verweigernden Organs selbst pflichtwidrig gewesen sei.

Vor diesem Hintergrund könne eine vom stiftungsinternen Aufsichtsorgan erteilte Entlastung lediglich dann Präklusionswirkungen entfalten, wenn der Stifter eine entsprechende Kompetenz durch ausdrückliche oder sich im Wege der Auslegung ergebende konkludente Regelung in der Satzung begründet habe.²³⁷ Denn die damit einhergehende Regelbefugnis des Entlastungsorgans, zu Lasten der Stiftung auf Teile des Stiftungsvermögens zu verzichten, stelle eine die Grundlagen der Vermögensordnung der Stiftung betreffende Frage dar, die – ebenso wie die Ausstattung der Stiftung mit einem bestimmten Vermögen oder eine Haftungsbeschränkung der Stiftungsorgane – im Hinblick auf die Sicherung einer dauernden und nachhaltigen Zweckerfüllung der Errichtungskontrolle nach § 80 Abs. 2 BGB zu unterziehen sei.

Ferner dürften die Präklusionswirkungen nur eintreten, wenn die Entlastungserteilung nicht pflichtwidrig gewesen sei, das Entlastung erteilende Organ sich also im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens gehalten habe.²³⁸ Begrenzt werde das Ermessen durch die dem zuständigen Organ zukommende Pflicht, im Rahmen der ihm zugewiesenen Funktion

für eine dauerhafte und möglichst effektive Verwirklichung des Stifterwillens zu sorgen. Anders als im Verbandsrecht sei die Entlastungsbefugnis nämlich keine originäre, sondern eine vom Stifterwillen lediglich abgeleitete.

Nach *Reuter*²³⁹ führt die Entlastungserteilung grundsätzlich nicht zu einem Erlöschen von Schadenersatzansprüchen der Stiftung gegen ihren Vorstand. Anderes könne allenfalls dann gelten, wenn dies durch das Interesse der Stiftung gerechtfertigt sei. Dies allerdings sei nur in Ausnahmefällen vorstellbar.²⁴⁰ Im Unterschied zu Schwintek hält Reuter eine Kompetenzzuweisung für die Entlastungserteilung in der Stiftungssatzung oder im Stiftungsgeschäft nicht für erforderlich. Die Entlastungskompetenz sei in der Berufung zum Kontrollorgan enthalten, so dass umgekehrt eine Satzungsregelung erforderlich sei, wenn die Entlastungskompetenz nicht bestehen solle.²⁴¹

*Gollan*²⁴² vertritt demgegenüber die Auffassung, dass die vom stiftungsinternen Aufsichtsorgan erteilte Entlastung generell keine Präklusionswirkungen entfalten könne, und zwar unabhängig davon, ob die Stiftungssatzung eine entsprechende Befugnis vorsehe oder nicht. Nach ihrer Ansicht ist die Präklusionswirkung mit der für sie auch im Stiftungsrecht anwendbaren sog. Business Judgment Rule nicht vereinbar. Komme das Aufsichtsorgan zum Ergebnis, dass der Stiftung Schadenersatzansprüche gegen den Vorstand zustehen, sei es verpflichtet, diese auch geltend zu machen. Zwar habe das Aufsichtsorgan bei der Prüfung der Ansprüche das weite Ermessen zu beachten, das dem Vorstand bei unternehmerischen Entscheidungen zukomme. Das Aufsichtsorgan habe aber kein eigenes unternehmerisches Ermessen, ob es zweckmäßig sei, die Ansprüche geltend zu machen. Dieser vom BGH in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung²⁴³ zum Verhältnis von Aufsichtsrat und Vorstand bei der AG entwickelte Grundsatz sei auf das Stiftungsrecht zu übertragen. Anderenfalls drohe, wenn das Aufsichtsorgan wegen einer pflichtwidrig erteilten Entlastungserteilung in Anspruch genommen werden soll, eine geschachtelte Ermessensprüfung. Das Gericht müsse prüfen, inwieweit der Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung, ob der Stiftungsvorstand bei seiner Geschäftsführung die Grenzen seines

unternehmerischen Ermessens überschritten habe, selbst ermessensfehlerfrei gehandelt habe. Diese gedankliche Leistung werde aber kaum ein Gericht je sauber erbringen können. Habe der Stiftungsvorstand die Grenzen seines unternehmerischen Ermessens überschritten, sei es deshalb vielmehr die Pflicht des Aufsichtsorgans, etwaige Ansprüche gegen den Stiftungsvorstand geltend zu machen. Eine Entlastungskompetenz, welche das genaue Gegenteil der Geltendmachung, nämlich ein Erlöschen der Ansprüche, zur Folge hätte, müsse ausscheiden.

Auch *Muscheler*²⁴⁴ lehnt eine Präklusionswirkung der Entlastung ab. Er betont, dass eine Entlastung, die zum Erlöschen von Ersatzansprüchen der Stiftung gegen den Vorstand führe, nie durch das Interesse der Stiftung gedeckt sein könne. Auch ein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf schon entstandene Schadenersatzansprüche komme bei Stiftungen generell nicht in Betracht.

*Von Hippel*²⁴⁵ steht der Präklusionswirkung der Entlastung ebenfalls kritisch gegenüber. De lege ferenda solle die Entlastung nur zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Handelns zum Wohle der Stiftung statt zu einem Ausschluss von Schadenersatzansprüchen und sonstigen Sanktionen führen.

*Burgard*²⁴⁶ hat demgegenüber keine grundlegenden Bedenken gegen die Anerkennung des Rechtsinstituts der Entlastung und deren Präklusionswirkungen im Stiftungsrecht. Wie der Verband könne auch die Stiftung auf Ansprüche gegen ihren Vorstand verzichten.²⁴⁷ Die Präklusionswirkung trete aber nur ein, wenn durch die Entlastung ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen werde. Hieran fehle es insbesondere bei Nichtigkeit des Entlastungsbeschlusses aufgrund formeller oder materieller Mängel. Entgegen der Ansicht *Schwinteks* und *Reuters* sei der Beschluss aber nicht schon dann materiell fehlerhaft und damit nichtig, wenn die Grundregeln sachgerechter Entscheidungsfindung missachtet wurden, also die vorgelegten Unterlagen nicht sorgfältig geprüft wurden, deswegen bestehende Ersatzansprüche nicht erkannt oder zwar erkannt, aber in ihrem Ausmaß unterschätzt oder die Entlastung aus sonstigen Gründen fahrlässiger Weise pflichtwidrig erteilt wurde. Denn

allein hierdurch verstoße der Beschluss noch nicht inhaltlich gegen Gesetz und Satzung. Vielmehr führe seine Pflichtwidrigkeit lediglich dazu, dass diejenigen Mitglieder des beschlussfassenden Organs, die hieran ein Verschulden treffe, der Stiftung ihrerseits auf Schadenersatz haften. Nichtig sei der Beschluss allerdings insbesondere dann, wenn die Entlastung vorsätzlich pflichtwidrig erteilt worden sei, weil sich der Beschluss in diesem Fall – wenn nicht gar als sittenwidrig – so doch als treuwidrig darstelle. Eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung für die Entlastungserteilung in der Satzung hält *Burgard* nicht für erforderlich.²⁴⁸

*Kohnke*²⁴⁹ wiederum ist der Ansicht, dass es der Entscheidung des Stifters überlassen sei, ob er einem stiftungsinternen Aufsichtsorgan die Befugnis zur Entlastungserteilung einräume oder nicht. Ebenso wie er bei Stiftungserrichtung in der Satzung Haftungserleichterungen für den Vorstand anordnen könne, sei es auch zulässig, eine Entlastungsmöglichkeit vorzusehen. Die auf eine solche Befugnis gestützte Entlastung entfalte auch dann Präklusionswirkungen, wenn sie pflichtwidrig erteilt worden sei. Diese Pflichtverletzung begründe aber eine Haftung der Mitglieder des Aufsichtsorgans gegenüber der Stiftung.

b. Eigene Stellungnahme

Richtiger Weise setzt die Präklusionswirkung der Entlastung zweierlei voraus: Zum einen muss ihre Geltung dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Stifterwillen entsprechen. Zum anderen dürfen der Umsetzung dieses Stifterwillens keine sonstigen Gründe entgegenstehen. Unter diesen Bedingungen wäre die erforderliche Verfügungsbefugnis über Schadenersatzansprüche und sonstige Sanktionsrechte der Stiftung anzuerkennen.

Im Folgenden ist darzulegen, dass zwar regelmäßig die erste dieser beiden Voraussetzungen erfüllt ist. Die Anerkennung der Präklusionswirkung scheitert aber daran, dass sie zu einer Einschränkung der Befugnisse der Stiftungsbehörden führen würde, die mit dem Verhältnis staatlicher Stiftungsaufsicht zu stiftungsinternen Kontrollmechanismen unvereinbar ist. Dieser Aspekt ist bei der Diskussion um die Präklusionswirkung bisher

nicht beachtet worden.

aa. Vereinbarkeit der Präklusionswirkung der Entlastung mit dem
(mutmaßlichen) Stifterwillen

Wie bereits ausgeführt wurde, gilt bei Stiftungen der Primat des in der Stiftungssatzung niedergelegten, verobjektivierten Stifterwillens. Er gibt – im Rahmen der gesetzlichen Grenzen – nicht nur das Ziel, sondern auch die Mittel für das Tätigwerden der Stiftungsorgane vor. Die Frage, ob ein Rechtsinstitut wie die Entlastung samt ihrer Präklusionswirkungen zur Anwendung kommen kann, richtet sich deshalb in erster Linie nach dem Stifterwillen. Fehlt hierzu eine Regelung in der Stiftungssatzung, ist auf den mutmaßlichen Stifterwillen abzustellen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass ein Rechtsinstitut, das sich positiv auf die Verwirklichung des Stiftungszwecks auswirkt, grundsätzlich dem mutmaßlichen Stifterwillen entspricht und deshalb auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn dies in der Stiftungssatzung nicht ausdrücklich angeordnet worden ist.

Betrachtet man die Folgen, die sich aus einer unterstellten Präklusionswirkung ergäben, zeigt sich, dass deren Anerkennung der Stiftung förderlich wäre und damit – bei Fehlen gegenteiliger Hinweise – dem mutmaßlichen Stifterwillen entspräche. Die Betrachtung darf nämlich nicht einseitig darauf beschränkt werden, dass der Stiftung durch eine gegebenenfalls pflichtwidrig erteilte Entlastung Vermögensschäden oder sonstige Nachteile entstehen könnten. Vielmehr wären alle mit der Präklusionswirkung verbundenen Konsequenzen zu berücksichtigen.

(1.) Positive Effekte einer unterstellten Präklusionswirkung

Festzuhalten ist zunächst, dass die Entlastung ihren eigentlichen Wert auch im Stiftungsrecht erst durch eine Präklusionswirkung erhalte. Zwar setzen nicht alle positiven Effekte der Entlastung eine Präklusionswirkung voraus. So führt etwa schon die bloße Institutionalisierung eines formalisierten Entlastungsverfahrens tendenziell zu einer Verbesserung der internen Kontroll- und Aufsichtsprozesse. Auch die psychologischen

Effekte der Entlastung sind nicht zwingend von ihrer Präklusionswirkung abhängig. Die mit einer Entlastung gewöhnlich einhergehende positive Anerkennung oder gar das Lob für gute Organtätigkeit kann bereits per se für die Zukunft motivierend wirken und damit dem Stiftungszweck förderlich sein. Die für die Parteien besonders bedeutsame Abschluss- und Abgrenzungsfunktion vermag eine Entlastung aber nur zu erfüllen, wenn sie etwaige Sanktionen gegen das Geschäftsführungsorgan endgültig ausschließt. Auch wenn – wie schon dargelegt wurde²⁵⁰ – die Schaffung von Rechtssicherheit und klaren Verhältnissen zuvorderst im Interesse des Stiftungsvorstands läge, käme sie doch auch der Stiftung selbst zu Gute. Die Präklusionswirkung würde es ermöglichen, den Blick nach vorn zu richten und die zur Verfügung stehenden Ressourcen effektiv für künftige Projekte der Stiftung einzusetzen.

Die positiven Wirkungen wären nicht daran gebunden, dass tatsächlich Pflichtverletzungen begangen wurden. Gerade auch dann, wenn die Geschäftsführung rechtmäßig war, würde erst die Präklusionswirkung der Entlastung für die gebotene vorzeitige Rechtssicherheit sorgen. Ohne die Präklusion bestünde für die Beteiligten bis zum Eintritt der Verjährung subjektiv weiter die Ungewissheit, ob die Geschäftsführung nicht doch pflichtwidrig war und deshalb Sanktionen verhängt werden können.

(2.) Risiken einer unterstellten Präklusionswirkung anhand von Fallbeispielen

Diesen positiven Effekten stünden im Ergebnis auch keine Risiken für die Stiftung entgegen, die dazu führen müssten, die Präklusionswirkung doch nicht als dem Stiftungszweck förderlich anzusehen. Dies soll anhand verschiedener Konstellationen verdeutlicht werden, die einer Entlastungsentscheidung zugrunde liegen können. Im Einzelnen sind zu diesem Zweck folgende Fälle zu unterscheiden:

Fall 1: Die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands war rechtmäßig und ihm wird Entlastung erteilt.

Fall 2: Die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands war pflichtwidrig und ihm wird die Entlastung verweigert.

Fall 3: Die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands war pflichtwidrig, gleichwohl lag die Entlastungserteilung im Interesse der Stiftung.

Fall 4: Die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands war pflichtwidrig, die Entlastung lag nicht im Interesse der Stiftung und ist gleichwohl erteilt worden.

Fall 1:

Hat der Stiftungsvorstand im Entlastungszeitraum keine Pflichtverletzungen begangen, ergäben sich aus der Präklusionswirkung für die Stiftung naturgemäß keine Nachteile. Es gibt keine Ansprüche bzw. Sanktionen, die durch die Entlastung präkludiert würden. Die Entlastung könnte ihre vorstehend beschriebenen positiven Wirkungen uneingeschränkt entfalten.

Fall 2:

Hat der Stiftungsvorstand seine Pflichten hingegen verletzt, würde relevant, dass das Aufsichtsorgan stets dem (mutmaßlichen) Stifterwillen und dem Wohl der Stiftung verpflichtet ist. Während die Mitgliederversammlung wegen ihrer im Wesentlichen freien Verfügungsbefugnis berechtigt ist, grundsätzlich auch in solchen Situationen Entlastung zu erteilen, in denen dies für den Verband nachteilig ist,²⁵¹ wäre dies dem Aufsichtsorgan der Stiftung wegen seiner Bindung an den Stifterwillen verwehrt. Die Ausgangslage bei der Stiftung wäre eher mit der vergleichbar, wie sie bei der Entscheidung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den Vorstand besteht. So hat der BGH in der Rechtssache ARAG/Garmenbeck²⁵² festgestellt, dass der Aufsichtsrat bei dieser Entscheidung ebenfalls kein autonomes unternehmerisches Ermessen hat, sondern dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet ist. *Gollan*²⁵³ ist insoweit zuzustimmen, als die vom BGH hierzu entwickelten Grundsätze wegen der vergleichbaren Pflichtenlage auf das Stiftungsrecht und die Entlastungsentscheidung durchaus übertragen werden können. Dass Beschlussgegenstand bei der Entlastungsentscheidung nicht unmittelbar die Geltendmachung bzw. der Verzicht auf Schadenersatzansprüche, sondern die Billigung der Geschäftsführung

wäre, stünde dem nicht entgegen, weil die Folgewirkungen einer Entlastungserteilung bei der Entscheidungsfindung mit zu berücksichtigen wären.

Aus der Bindung an den Stifterwillen wäre zu folgern, dass das Aufsichtsorgan bei Vorliegen von Pflichtverletzungen zunächst den zugrunde liegenden Sachverhalt genau zu ermitteln und das Prozesskostenrisiko sowie die Beitreibbarkeit der Schadenersatzforderungen bzw. die Erfolgsaussichten sonstiger Sanktionen abzuschätzen hätte.²⁵⁴ Anschließend wären die Vor- und Nachteile der Rechtsdurchsetzung abzuwägen. Angesichts der zentralen Bedeutung des Stiftungsvermögens für die Erreichung des Stiftungszwecks würde die Abwägung ganz regelmäßig dazu führen, die Entlastung insgesamt zu versagen oder die betreffenden Vorfälle von der Entlastung auszunehmen.²⁵⁵ Gefahren aus der Präklusionswirkung ergäben sich dann nicht.

Fall 3:

Ausnahmsweise könnte die Abwägung der Vor- und Nachteile aber auch dazu führen, dass dem Stiftungsvorstand trotz seiner Pflichtverletzungen Entlastung zu erteilen wäre. In Betracht käme dies insbesondere dann, wenn der zu erwartende Ansehensverlust für die Stiftung – etwa über ausbleibende Spendengelder oder Zustiftungen – wesentlich schwerer wöge als der zu erlangende Schadenersatz.²⁵⁶ In diesen Fällen kann sich die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auf die Stiftung nachteilig auswirken und würde dem (mutmaßlichen) Stifterwillen zuwiderlaufen. Eine uneingeschränkte Pflicht zur Geltendmachung solcher Ansprüche besteht folglich – entgegen der Ansicht *Gollans*²⁵⁷ – nicht.

An die gebotene Abwägung wären allerdings strenge Anforderungen zu stellen.²⁵⁸ Die Vor- und Nachteile wären in jedem Einzelfall genau abzuwägen. Keinesfalls könnte aus der Kompetenz zur Entlastungserteilung – wie von *Schwintek*²⁵⁹ befürchtet – eine „Regelbefugnis“ hergeleitet werden, zu Lasten der Stiftung auf Teile des Stiftungsvermögens zu verzichten. Vielmehr müssten die aus der Sicht der Stiftung für die Entlastungserteilung sprechenden Gründe die

entgegenstehenden Erwägungen überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sein. In diesem Sinne hat auch der BGH in der bereits angesprochenen ARAG/Garmenbeck-Entscheidung geurteilt.²⁶⁰

Läge nach diesen Grundsätzen die Entlastungserteilung ausnahmsweise im Interesse der Stiftung, würde sich auch die Präklusionswirkung im Ergebnis nicht zulasten der Stiftung auswirken, da ihre Nachteile durch die damit gleichzeitig verbundenen Vorteile kompensiert würden.

Fall 4:

Problematisch wären allein die Fälle, in denen dem Stiftungsvorstand pflichtwidrig Entlastung erteilt worden ist. Die möglichen Gründe für die Pflichtwidrigkeit sind vielfältig.²⁶¹ Sie könnte z.B. darauf beruhen, dass die vorgelegten Unterlagen nicht sorgfältig geprüft und deshalb Pflichtverletzungen nicht erkannt oder zwar erkannt, aber in ihrem Ausmaß oder ihren Folgen unterschätzt wurden. Daneben wäre es auch denkbar, dass die Entlastung nicht bloß fahrlässig, sondern sogar vorsätzlich pflichtwidrig erteilt worden ist.

(a.) Ob der Stiftung in einem solchen Fall Gefahren drohen, hängt zunächst vom Standpunkt ab, den man zu den Rechtsfolgen einer pflichtwidrigen Entlastung vertritt. Folgt man *Schwintek*²⁶² und *Reuter*²⁶³, würde in diesen Fällen eine Präklusionswirkung nicht eintreten. Nur die rechtmäßige, im Interesse der Stiftung liegende Entlastung soll solche Wirkungen entfalten können. Auf der Grundlage dieses Ansatzes ist es folgerichtig, wenn *Reuter* – entgegen der Ansicht *Schwinteks* – eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung für die Erteilung der Entlastung nicht für erforderlich hält. Denn nach diesem Ansatz wären Schäden durch eine rechtswidrige Entlastungserteilung ausgeschlossen. Die Entlastung könnte sich allein positiv auf die Stiftung auswirken. Bei Fehlen anders lautender Hinweise in der Stiftungssatzung wäre davon auszugehen, dass die Entlastung mit ihrer Präklusionswirkung stets dem mutmaßlichen Stifterwillen entspricht.

Zumindest auf den ersten Blick stellt sich dies anders dar, wenn man *Burgard*²⁶⁴ folgt und zwischen nichtigen und sonstigen einfach fehlerhaften Entlastungsbeschlüssen unterscheidet. Danach soll eine

Präklusionswirkung nur bei nichtigen Beschlüssen ausgeschlossen sein.²⁶⁵ Im Übrigen soll die Pflichtwidrigkeit des Beschlusses dem Eintritt dieser Wirkungen nicht entgegenstehen. Auch wenn sich die Mitglieder des Aufsichtsorgans in einem solchen Fall haftbar machen würden, bliebe es dabei, dass der Stiftung durch den einfach fehlerhaften Entlastungsbeschluss zunächst ein Schaden entstünde.

Letztlich geht es bei diesem Streit auch um die allgemeine Frage, wie fehlerhafte Organbeschlüsse im Stiftungsrecht zu behandeln sind. Nach hergebrachter Ansicht soll hier die Fehlerhaftigkeit eines Beschlusses stets zu dessen Nichtigkeit führen.²⁶⁶ Es gibt allerdings auch Stimmen, die zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen unterscheiden wollen.²⁶⁷

Auf den Streit um die sachgerechte Behandlung fehlerhafter Beschlüsse ist später noch genauer einzugehen.²⁶⁸ An dieser Stelle bedarf er keiner abschließenden Entscheidung. Es reicht vorerst aus festzuhalten, dass der hergebrachten Ansicht, wonach ein fehlerhafter Beschluss stets nichtig ist, jedenfalls dann nicht gefolgt werden kann, wenn man eine Präklusionswirkung im Grundsatz anerkennen will. So hätte diese Ansicht – der offenbar auch *Schwintek* und *Reuter*²⁶⁹ ohne nähere Begründung anhängen – zur Folge, dass die Präklusionswirkung gänzlich ausgehöhlt würde und die Entlastung damit ihre Abschlussfunktion nicht mehr erfüllen könnte. Wäre nämlich nur eine rechtmäßig erteilte Entlastung wirksam, könnte auch nur eine solche Präklusionswirkungen entfalten. Damit würde sich für die Beteiligten aber stets die Frage stellen, ob die Entlastung tatsächlich hätte erteilt werden dürfen. Die Beantwortung dieser Frage fiel jedoch kaum leichter als die der Ausgangs- bzw. Vorfrage, ob der Stiftungsvorstand im Entlastungszeitraum Pflichtverletzungen begangen hat. Folglich bestünde auch nach Erteilung der Entlastung keine Gewissheit, ob nicht doch noch Schadenersatzansprüche bzw. sonstige Sanktionen gegen den Stiftungsvorstand geltend gemacht werden können. Der Gewinn an Rechtssicherheit durch die Entlastungserteilung wäre äußerst gering. Die Entlastung könnte ihre Abschlussfunktion auch in den Fällen, in denen sie rechtmäßig erteilt worden ist, nicht erfüllen. Will man der Entlastung im

Stiftungsrecht überhaupt Präklusionswirkung zuerkennen, setzt dies folglich voraus, dass jedenfalls in einem gewissen Umfang – die Abgrenzungsfragen wären noch genau zu untersuchen – auch rechtswidrige, im konkreten Einzelfall nicht im Stiftungsinteresse liegende Entlastungen solche Wirkungen entfalten können.

(b.) Notwendige Konsequenz dieser Erkenntnis ist allerdings, dass der Stiftung durch eine pflichtwidrige Entlastungserteilung auch Schäden entstehen könnten. Es wäre freilich falsch, daraus zu folgern, dass die Präklusionswirkung der Entlastung als solche dem mutmaßlichen Stifterwillen widerspräche. Vielmehr wäre in diesen Fällen ein den Stiftungsinteressen grundsätzlich förderliches Rechtsinstitut lediglich in der konkreten Situation rechtswidrig angewandt worden. Es gehört aber zum „allgemeinen Lebensrisiko“ einer jeden Stiftung, durch ein im Einzelfall pflichtwidriges Handeln ihrer Organe geschädigt zu werden. Rechtsfolge ist dann die Haftung derjenigen, die ihre Pflichten gegenüber der Stiftung verletzt und dadurch den Schaden verursacht haben. Dies wären bei der pflichtwidrig erteilten, gleichwohl Präklusionswirkungen entfaltenden Entlastung die Mitglieder des Aufsichtsorgans, die den Beschluss gefasst haben. Es fände also lediglich eine Verlagerung der Haftung vom Vorstand auf das Aufsichtsorgan statt.

(c.) Schließlich vermag auch der Einwand *Gollans*²⁷⁰ nicht zu überzeugen, dass die Gerichte bei Klagen auf Schadenersatz wegen pflichtwidriger Entlastungserteilung damit überfordert wären zu beurteilen, ob das Aufsichtsorgan diese Entscheidung pflichtgemäß getroffen hat. Zwar trifft es zu, dass im Rahmen dieser Prüfung zunächst festzustellen wäre, ob der Stiftungsvorstand seinerseits pflichtgemäß gehandelt und sich im Rahmen seines Ermessensspielraums gehalten hat. Erst nach Beantwortung dieser Vorfrage könnte weiter geprüft werden, ob die Erteilung der Entlastung im Interesse der Stiftung lag. Derartige Schachtelprüfungen – auch verbunden mit Beurteilungs- und Ermessensspielräumen auf den einzelnen Ebenen – sind in der Praxis der Gerichte aber keine Besonderheit. Zu denken ist etwa an die Anfechtungsklage einer Gemeinde gegen Aufsichtsmaßnahmen der Rechtsaufsichtsbehörde, bei der die Aufsichtsmaßnahme darauf gestützt worden ist, dass die Gemeinde bei

einer Entscheidung ihr Ermessen überschritten hat. Einen Grund, die Präklusionswirkung der Entlastung nicht anerkennen zu können, stellen solche Stufenprüfungen nicht dar.

(3.) Zwischenergebnis

Die bisherigen Ausführungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass sich die Präklusionswirkung der Entlastung grundsätzlich positiv auf die Verwirklichung des Stiftungszwecks auswirken würde. Ihre Anerkennung entspräche damit – in Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte – dem Stifterwillen. Die Möglichkeit, dass durch eine rechtswidrige Entlastungserteilung im Einzelfall Schäden für die Stiftung entstehen könnten, stünde dem nicht entgegen. Die Entlastung dürfte nur dann erteilt werden, wenn sie im konkreten Einzelfall im Interesse der Stiftung läge. Entgegen der Befürchtung *Schwinteks* würde das Rechtsinstitut keine Regelbefugnis gewähren, zu Lasten der Stiftung auf Teile des Stiftungsvermögens zu verzichten, zumal bei einer rechtswidrigen Entlastung des Stiftungsvorstands im Ergebnis auch nur eine Verlagerung der Haftung auf das rechtswidrig entlastende Aufsichtsorgan stattfände. Die Entlastungsmöglichkeit als solche würde die dauernde und nachhaltige Zweckerfüllung der Stiftung nicht stärker gefährden als sonstige Geschäftsführungsmaßnahmen. Einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung zur Erteilung einer Präklusionswirkungen entfaltenden Entlastung bedürfte es folglich auch unter dem Gesichtspunkt einer Errichtungskontrolle (§ 80 Abs. 2 BGB) nicht.²⁷¹

bb. Vereinbarkeit der Präklusionswirkung mit dem Verhältnis stiftungsinterner Kontrollmechanismen zur staatlichen Stiftungsaufsicht

Der Umstand, dass die Anwendung eines Rechtsinstituts dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Stifterwillen entspräche, führt allerdings nicht automatisch zu dessen Anerkennung. Der Umsetzung des Stifterwillens dürfen vielmehr auch keine sonstigen Gründe entgegenstehen. Dies ist bei der Präklusionswirkung der Entlastung aber der Fall. Sie würde zu einer Einschränkung der staatlichen Aufsichtsbefugnisse führen, die im

Widerspruch zum Grundsatz stünde, dass die staatliche Stiftungsaufsicht auch vom Stifter nicht endgültig ausgeschlossen werden kann.

(1.) Allgemeine Aufsichtsrechte der Stiftungsbehörden

Es wurde bereits dargelegt, dass die Stiftungsbehörden nach allgemeinen Regeln über eine Vielzahl von Aufsichts- und Sanktionsbefugnissen verfügen, wenn der Stiftungsvorstand Pflichtverletzungen begeht.²⁷² So sind sie nach den Landesstiftungsgesetzen etwa berechtigt, die rechtswidrige Maßnahme zu beanstanden und deren Rückgängigmachung zu verlangen. Auch können sie die Abberufung des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund betreiben und das zuständige Stiftungsorgan anweisen, einen etwaig bestehenden Anstellungsvertrag zu kündigen.²⁷³ Unterlässt es das zuständige Stiftungsorgan, den Stiftungsvorstand auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen, geben einige Landesstiftungsgesetze den Stiftungsbehörden sogar die Befugnis, die Schadenersatzansprüche selbst im Namen der Stiftung geltend zu machen. Fehlt eine solche Befugnis, bleibt den Stiftungsbehörden die Möglichkeit, die zuständigen Stiftungsorgane zumindest anzuweisen, die Ansprüche geltend zu machen. Wird dieser Anweisung nicht Folge geleistet, kann das sich weigernde Stiftungsorgan als ultima ratio auch abberufen und ausgetauscht werden.

(2.) Mögliche Folgen einer unterstellten Präklusionswirkung für die staatlichen Aufsichtsbefugnisse

Will man eine Präklusionswirkung im Grundsatz anerkennen, ist unzweifelhaft, dass die Entlastungsentscheidung jedenfalls auch die übrigen Stiftungsorgane und die Stiftung selbst binden muss. Sie hätten die vom stiftungsinternen Aufsichtsorgan erteilte Entlastung gegen sich gelten zu lassen und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens zu beachten. Kein Stiftungsorgan dürfte mehr im Namen der Stiftung Sanktionen gegen den Stiftungsvorstand verhängen. Fraglich ist aber, welche Auswirkungen die Entlastungserteilung auf die Befugnisse der Stiftungsbehörden haben würde. Hierzu sind letztlich zwei Möglichkeiten denkbar:

Vorstellbar ist zunächst, dass die Entlastung auch im Verhältnis zu den Stiftungsbehörden Bindungswirkung entfaltet und deren Befugnisse präkludiert. Die Billigung der Geschäftsführung durch das stiftungsinterne Aufsichtsorgan hätte dann zur Folge, dass weder die Stiftungsorgane noch die Stiftungsbehörden Sanktionen gegen den Stiftungsvorstand wegen seiner Geschäftsführung mehr verhängen können. Dies würde sowohl für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen als auch die Abberufung des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund und die Kündigung seines Anstellungsvertrags gelten. Es stünden einzig noch Schadenersatzansprüche gegen das Aufsichtsorgan, das die Entlastung pflichtwidrig erteilt hat, im Raum.

Alternativ ist denkbar, dass die Entlastung keinen unmittelbaren Einfluss auf die Befugnisse der Stiftungsbehörden hat. Da die Entlastung aber weiter Bindungswirkung gegenüber den übrigen Stiftungsorganen und der Stiftung selbst entfalten würde, käme es jedoch auch nach diesem Ansatz faktisch zu einer starken Einschränkung der Befugnisse der Stiftungsbehörden. Es wäre wie folgt zu differenzieren: Soweit die Stiftungsbehörden nach den Landesstiftungsgesetzen berechtigt sind, eine Sanktion gegen den Stiftungsvorstand selbst zu verhängen (insbesondere Abberufung aus wichtigem Grund), stünde dem die Entlastung nicht entgegen. Soweit die Stiftungsbehörden die Sanktion allerdings nur

anweisen können, die Sanktion selbst aber von einem Stiftungsorgan zu verhängen ist, würde die Präklusionswirkung eingreifen. Zwar wäre die Stiftungsbehörde im letzteren Fall formal berechtigt, die Sanktion anzuordnen. Wegen der Bindungswirkung der Entlastung gegenüber der Stiftung wären die Stiftungsorgane aber daran gehindert, der Anweisung zu folgen.

Hat beispielsweise die Stiftungsbehörde den Stiftungsvorstand trotz der ihm erteilten Entlastung wegen Pflichtverletzungen aus wichtigem Grund abberufen, wird sie das zuständige Stiftungsorgan anweisen, auch einen etwaig bestehenden Anstellungsvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen und etwaige Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Das angewiesene Stiftungsorgan müsste allerdings die Entlastung gegen sich gelten lassen und könnte sich deshalb nicht auf die von der Stiftungsbehörde festgestellten Pflichtverletzungen als Kündigungsgrund berufen. Überdies wären auch die Schadenersatzansprüche infolge der Entlastung bereits erloschen. Das Aufsichtsorgan, das die Entlastung pflichtwidrig erteilt und damit die Präklusionswirkung verursacht hat, wäre zwar verpflichtet, den sich daraus ergebenden Schaden zu ersetzen; die Anordnungen der Stiftungsbehörde zur Kündigung des Anstellungsvertrags und zur Geltendmachung der Schadenersatzansprüche liefen aber gleichwohl ins Leere.

Zu einer Einschränkung der Befugnisse der Stiftungsbehörden käme es nur dann nicht, wenn bei Anordnung von Sanktionen durch die Stiftungsbehörden die Präklusionswirkung auch im Verhältnis zur Stiftung und zu den Stiftungsorganen automatisch entfielen. Von einer Präklusionswirkung der Entlastung könnte in einem solchen Fall aber nicht mehr gesprochen werden. Die Entlastungserteilung durch das stiftungsinterne Aufsichtsorgan wäre ungeeignet, vorzeitig Rechtssicherheit zu schaffen. Trotz Entlastungserteilung bliebe die Verhängung von Sanktionen weiter möglich. Eine Abschluss- und Abgrenzungsfunktion könnte die Entlastung nicht erfüllen.

(3.) Vorbehalt staatlicher Stiftungsaufsicht

Die Ausführungen zeigen, dass die grundsätzliche Anerkennung der Präklusionswirkung der Entlastung zwingend mit einer endgültigen Einschränkung der Befugnisse der Stiftungsbehörden verbunden sein müsste. Ob die staatlichen Aufsichtsbefugnisse von vornherein ausgeschlossen wären oder formal fortbestünden, jedoch häufig faktisch leer liefen, kann letztlich dahinstehen. Denn eine endgültige Einschränkung der staatlichen Kontrollbefugnisse durch Maßnahmen eines stiftungsinternen Aufsichtsorgans ist in jedem Fall unzulässig. Sie würde den stiftungsinternen Kontroll- und Aufsichtsmechanismen einen Vorrang vor der staatlichen Stiftungsaufsicht einräumen, der mit dem Verhältnis der beiden Aufsichtsebenen nicht vereinbar wäre. Vor diesem Hintergrund kann eine Präklusionswirkung der Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung nicht anerkannt werden.

(a.) Fehlende Dispositionsbefugnis des Stifters über die staatliche Stiftungsaufsicht

Entscheidend für das Verhältnis von stiftungsinterner und stiftungsexterner Aufsicht ist die Erkenntnis, dass die staatliche Stiftungsaufsicht dem Schutz der Stiftung und ihrer Grundrechte dient²⁷⁴ und deshalb auch nicht vom Stifter oder unter Berufung auf den Stifterwillen abbedungen werden kann.²⁷⁵ Die staatlichen Aufsichtsbefugnisse sind der Disposition des Stifters entzogen.²⁷⁶ Insbesondere ist es ihm verwehrt, die externe Stiftungsaufsicht vollständig durch ein stiftungsinternes Aufsichtssystem zu ersetzen.

Der Stifter hat lediglich die Möglichkeit, durch die Schaffung stiftungsinterner Kontrollorgane eine gewisse Lockerung der staatlichen Stiftungsaufsicht zu erreichen.²⁷⁷ Dies folgt aus den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, die auch für die staatliche Stiftungsaufsicht gelten. Danach findet nur eine eingeschränkte Aufsicht durch die Stiftungsbehörde statt, wenn und solange eine ordnungsgemäße Überwachung der Verwaltung durch ein in der Stiftungssatzung vorgesehenes Kontrollorgan gewährleistet erscheint (so ausdrücklich auch § 8 Abs. 2 Satz 2 BWStiftG).²⁷⁸

Ein endgültiger Ausschluss staatlicher Befugnisse kann durch die Schaffung stiftungsinterner Aufsichtsorgane hingegen nicht erreicht werden. Die Stiftungsbehörden trifft eine selbstständige Pflicht, rechtswidriges Handeln der Stiftungsorgane zu verhindern, von der sie auch der Stifter nicht endgültig befreien kann. Sie haben das Recht und die Pflicht, eine gegebenenfalls einstweilen ruhende Aufsicht wieder an sich zu ziehen, wenn die interne Kontrolle durch die Stiftungsorgane versagt.²⁷⁹ Trotz Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes muss die Stiftungsbehörde stets in der Lage sein, ihre Aufsichtsbefugnisse als ultima ratio ungeachtet der stiftungsinternen Aufsichtsmechanismen auszuüben. Damit wäre es nicht vereinbar, wenn die von einem stiftungsinternen Aufsichtsorgan erteilte Entlastung zu einem endgültigen Ausschluss staatlicher Aufsichtsbefugnisse führen könnte. Dazu würde es – wie dargelegt – bei Anerkennung der Präklusionswirkung aber zwingend kommen.

(b.) Denkbare Einwand: Fortbestehen von Schadenersatzansprüchen gegen das Aufsichtsorgan

Gegen dieses Ergebnis könnte man einwenden, dass die Stiftungsbehörden auch bei Anerkennung einer Präklusionswirkung nicht völlig rechtlos gestellt würden. Schließlich bliebe ihnen weiter die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gegen das pflichtwidrig agierende stiftungsinterne Aufsichtsorgan durchzusetzen²⁸⁰ oder durchsetzen zu lassen.²⁸¹

Diese Argumentation vermag aber nicht zu überzeugen. Die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gegen das Aufsichtsorgan geltend zu machen, würde keinen adäquaten Ersatz für die infolge der Präklusionswirkung der Entlastung ausgeschlossenen Befugnisse darstellen. So beschränken sich die Aufsichtsbefugnisse der Stiftungsbehörden gerade nicht darauf, für einen Ausgleich bereits eingetretener Vermögensschäden zu sorgen. Sie zielen vielmehr darauf ab, rechtswidriges Handeln selbst zu verhindern bzw. rechtswidrige Zustände zu beheben. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass über den bloßen Schutz des Stiftungsvermögens hinaus auch die dauerhafte Erfüllung des Stifterwillens sichergestellt wird.²⁸² Die Anerkennung einer Präklusionswirkung stünde dazu in einem unlöslichen Widerspruch.

(c.) Denkbarer Einwand: Möglichkeit eines Verzichtungsvertrags

Weiter könnte vorgebracht werden, dass Maßnahmen der Stiftungsorgane auch in anderen Situationen dazu führen können, dass die Stiftungsbehörden vor vollendete Tatsachen gestellt werden und deren Sanktionsbefugnisse leer laufen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Stiftungsorgane im Namen der Stiftung auf Schadenersatzansprüche gegen den Stiftungsvorstand rechtsgeschäftlich verzichten. Auch dieses Argument verfängt jedoch letztlich nicht.

(aa.) Vorauszuschicken ist zunächst, dass solche Verzichtsverträge in der Praxis nur eine äußerst geringe Bedeutung haben. Zwar gibt es keine § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG vergleichbare Regelung, die die Möglichkeit zum Abschluss derartiger Verzichtsverträge vom Gesetzes wegen einschränken würde. Aus der Bindung der Stiftungsorgane an den Stifterwillen folgt aber, dass sie nur dann abgeschlossen werden dürfen, wenn nach umfassender Sachverhaltsaufklärung eine Abwägung aller für und gegen den Verzicht sprechender Gründe zu dem Ergebnis führt, dass der Verzicht im Stiftungsinteresse liegt.²⁸³ Dies wird nur sehr selten einmal der Fall sein.

Wird der Verzichtsvertrag geschlossen, obwohl er nicht durch das Stiftungsinteresse gerechtfertigt ist, werden zudem häufig die Grundsätze der Kollusion²⁸⁴ oder des Missbrauchs der Vertretungsmacht²⁸⁵ der Wirksamkeit des Vertrags entgegenstehen. Der Stiftungsvorstand, dem gegenüber die Stiftung auf Ansprüche verzichtet, muss sich nämlich bewusst sein, dass der Verzichtsvertrag ganz regelmäßig den Interessen der Stiftung zuwiderläuft.

Freilich ist es theoretisch denkbar, dass ein Verzichtsvertrag wirksam ist und damit zum Erlöschen der Schadenersatzansprüche führt, obwohl er nicht im Stiftungsinteresse liegt. In diesem Fall müsste auch die Stiftungsbehörde das Erlöschen der Ansprüche gegen sich gelten lassen. Ihr wird folglich die Möglichkeit genommen, die Schadenersatzansprüche selbst bzw. durch ein Stiftungsorgan geltend zu machen. Es verbleiben allein Ersatzansprüche gegen das Stiftungsorgan, das den Verzicht

pflichtwidrig vereinbart hat. Die Rechtslage entspricht damit weitgehend der, wie sie bestünde, wenn man einer Entlastung Präklusionswirkung bezüglich Schadenersatzansprüchen zuerkennen würde. Vor diesem Hintergrund ließe sich argumentieren, dass, wenn ein Verzichtsvertrag die Stiftungsbehörden bindet, dies auch für die Entlastung gelten kann und jedenfalls in diesem Umfang eine Präklusionswirkung anzuerkennen ist.

(bb.) Dabei bliebe allerdings unberücksichtigt, dass Verzichtsvertrag und Entlastung trotz unterstellt ähnlicher Rechtsfolgen zwei gänzlich unterschiedliche Rechtsinstitute sind: Beim Verzichtsvertrag handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das der Geschäftsführung zuzuordnen ist und damit zunächst uneingeschränkt in die Kompetenz der Stiftungsorgane fällt. Soweit Geschäftsführungsmaßnahmen bereits unumkehrbar vollzogen sind, können auch die Stiftungsbehörden deren Rechtsfolgen nicht mehr beseitigen, sondern sind ausschließlich auf Schadenersatzansprüche gegen das pflichtwidrig handelnde Organ verwiesen.

Die Entlastung ist demgegenüber den Aufsichtsmaßnahmen zuzurechnen, die (auch) in die Zuständigkeit der Stiftungsbehörden fallen. Macht der Stifter von der Möglichkeit Gebrauch, zusätzlich ein stiftungsinternes Aufsichtssystem zu installieren, darf dies – wie dargelegt – nicht dazu führen, dass die Kompetenzen der Stiftungsbehörden endgültig eingeschränkt werden. Eine Präklusionswirkung der Entlastung wäre damit nicht zu vereinbaren.

Letztlich ist es dem stiftungsinternen Aufsichtsorgan wegen der fehlenden Dispositionsbefugnis über die staatliche Stiftungsaufsicht gar nicht möglich, die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands abschließend zu beurteilen. Die Billigung steht von vornherein unter dem Vorbehalt einer abweichenden Einschätzung durch die subsidiäre, aber gleichwohl übergeordnete Staatsaufsicht. Ein solcher Vorbehalt besteht bei Geschäftsführungsmaßnahmen hingegen nicht. Es stellt damit keinen Widerspruch dar, die „Verzichtswirkung“ bei der Entlastung abzulehnen und sie zugleich beim Verzichtsvertrag – in den vorgenannten eng gezogenen Grenzen – anzuerkennen.

(4.) Anerkennung der Präklusionswirkung bei Familienstiftungen

Als Zwischenergebnis kann man zunächst festhalten, dass eine Präklusionswirkung der Entlastung wegen des Vorbehalts staatlicher Stiftungsaufsicht insoweit ausgeschlossen ist, wie die Stiftung der Aufsicht der Stiftungsbehörden unterliegt. Bei den Stiftungen, die – unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes – einer laufenden staatlichen Aufsicht unterstehen, ist die Präklusionswirkung deshalb gänzlich ausgeschlossen. Dies betrifft die weitaus größte Zahl der Stiftungen, vor allem auch alle gemeinnützigen Stiftungen.

Für Familienstiftungen, zum Teil aber auch allgemein für alle privatnützigen Stiftungen, sehen viele Landesstiftungsgesetze allerdings Sonderregelungen vor. Danach soll bei diesen Stiftungen nur eine eingeschränkte Aufsicht durch die Stiftungsbehörden stattfinden. Es stellt sich damit die Frage, ob nicht zumindest hier eine Präklusionswirkung anerkannt werden kann. Denn soweit eine Stiftung gar keiner Aufsicht durch die Stiftungsbehörden unterliegt, kann die Ablehnung der Präklusionswirkung auch nicht mit dem Vorbehalt staatlicher Stiftungsaufsicht begründet werden.

Letztlich ist diese Frage aber zu verneinen, weil richtiger Weise auch Familienstiftungen einer laufenden Aufsicht durch die Stiftungsbehörden unterstehen. Die einschränkenden Bestimmungen der Landesstiftungsgesetze sind mit den auch solchen Stiftungen gegenüber bestehenden staatlichen Schutzpflichten nicht vereinbar. Dies soll im Folgenden näher begründet werden.

(a.) Umfang der staatlichen Stiftungsaufsicht über Familienstiftungen nach dem Wortlaut der Landesstiftungsgesetze

Familienstiftungen werden durch die Landesstiftungsgesetze regelmäßig als Stiftungen definiert, die ausschließlich oder überwiegend dem Wohl der Mitglieder einer oder mehrerer bestimmter Familien dienen.²⁸⁶ Sie bilden damit einen Unterfall der privatnützigen Stiftungen, d.h. der Stiftungen, die ausschließlich oder überwiegend nicht öffentliche, dem

Gemeinwohl dienende²⁸⁷, sondern private Zwecke verfolgen.²⁸⁸

Im Hinblick darauf, inwieweit diese Stiftungen einer laufenden Aufsicht durch die Stiftungsbehörden unterliegen, lassen sich die Landesstiftungsgesetze im Wesentlichen in drei Gruppen einteilen:

Die erste Gruppe bilden die Landesstiftungsgesetze, nach denen privatnützige Stiftungen bzw. Familienstiftungen (grundsätzlich) einer vollen staatlichen Aufsicht unterstehen.²⁸⁹

Eine zweite Gruppe räumt den Stiftungsbehörden zwar auch bei diesen Stiftungen grundsätzlich alle Aufsichtsbefugnisse ein. Von diesen Rechten darf aber nur mit einer gegenüber allgemeinen Regeln eingeschränkten Zielsetzung Gebrauch gemacht werden.²⁹⁰ Beispielhaft ist die Formulierung, dass diese Stiftungen nur insoweit der Stiftungsaufsicht unterliegen, als sicherzustellen ist, dass ihr Bestand und ihre Betätigung nicht dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft.²⁹¹ Unter öffentlichem Interesse ist dabei in erster Linie das gesetzlich konkretisierte Gemeinwohl i.S.d. § 87 BGB zu verstehen.²⁹²

Eine letzte Gruppe bilden die Landesstiftungsgesetze, die den Stiftungsbehörden bei Familienstiftungen bzw. privatnützigen Stiftungen nur die Kompetenz für bestimmte Aufsichtsmaßnahmen einräumen. So sollen etwa die bayerischen Stiftungsbehörden nach Anerkennung einer privatnützigen Stiftung nur noch zu Maßnahmen nach § 87 BGB befugt sein,²⁹³ eine darüber hinausgehende laufende Stiftungsaufsicht soll nicht stattfinden.²⁹⁴ In Berlin, Bremen, Niedersachsen und im Saarland haben die Behörden nur die Kompetenz für Maßnahmen nach § 87 BGB und für Maßnahmen zur Herstellung der Handlungsfähigkeit der Stiftungsorgane.²⁹⁵

(b.) Konsequenzen für die Möglichkeit der Anerkennung der Präklusionswirkung

Auf der Grundlage des Wortlautes der Landesstiftungsgesetze ergibt sich für die Frage, ob die Präklusionswirkung der Entlastung anerkannt werden

kann, folgender Befund:

(aa.) Bei der ersten Gruppe der Landesstiftungsgesetze gelten für die Familien- bzw. privatnützigen Stiftungen keine Besonderheiten gegenüber sonstigen Stiftungen. Sie unterliegen der vollen Aufsicht durch die Stiftungsbehörden. Die Anerkennung der Präklusionswirkung scheitert folglich auch hier am Vorbehalt staatlicher Aufsicht.

(bb.) Bei der zweiten Gruppe unterstehen die Stiftungen zwar einer laufenden Aufsicht. Die Stiftungsbehörden sollen von ihren Kompetenzen aber nur dann Gebrauch machen dürfen, wenn der Bestand und die Betätigung der Stiftung dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft. Eine (einfach) rechtswidrige Geschäftsführung wäre dafür nicht ausreichend, vielmehr wären qualifizierte Anforderungen zu stellen. Der Landesgesetzgeber wollte mit dieser Formulierung nämlich gerade eine Einschränkung der staatlichen Stiftungsaufsicht gegenüber allgemeinen Grundsätzen erreichen.²⁹⁶

Selbst wenn man diese Differenzierung zugrunde legt,²⁹⁷ ermöglicht dies jedoch keine Anerkennung einer Präklusionswirkung der Entlastung. Da durch die Präklusionswirkung die Befugnisse der Stiftungsbehörden nicht endgültig eingeschränkt werden dürfen, käme ihre Anerkennung nur dergestalt in Betracht, dass allein Sanktionen wegen (einfach) rechtswidriger Geschäftsführung des Stiftungsvorstands ausgeschlossen werden, nicht hingegen solche wegen Geschäftsführungsmaßnahmen, die dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen. Eine Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten rechtswidriger Geschäftsführungsmaßnahmen ist allerdings nur schwer zu treffen. Es wäre bei Erteilung der Entlastung kaum zu beurteilen, ob eine Präklusion in Betracht kommt oder nicht. In einer solchen Situation kann auf Seiten des Geschäftsführers ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, wegen seiner Geschäftsführung nicht mit Sanktionen belegt zu werden, überhaupt nicht entstehen. Solange die Stiftungsbehörden Aufsichtsbefugnisse im Hinblick auf die laufende Geschäftsführung haben, muss eine Präklusionswirkung folglich ausscheiden, und zwar unabhängig davon, ob die Befugnisse schon bei einfach rechtswidrigen oder erst bei öffentlichen Interessen

zuwiderlaufenden Geschäftsführungsmaßnahmen eingreifen.

(cc.) Nach den Bestimmungen der Landesstiftungsgesetze der dritten Gruppe soll die laufende Geschäftsführung der Stiftung hingegen gar keiner staatlichen Aufsicht unterliegen. Auf der Grundlage des Wortlauts dieser Gesetze stünde der Anerkennung der Präklusionswirkung nichts entgegen. Es gäbe in Bezug auf die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands keine staatlichen Aufsichtsbefugnisse, die durch die Präklusionswirkung unzulässiger Weise eingeschränkt werden könnten.

(c.) Vereinbarkeit der Sonderregelungen mit höherrangigem Recht

Tatsächlich gelten für die staatliche Aufsicht über Familienstiftungen und sonstige privatnützige Stiftungen aber keine Sonderregelungen. Unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes unterliegt auch hier die laufende Geschäftsführung der Stiftung der staatlichen Stiftungsaufsicht und sind die Stiftungsbehörden berechtigt, gegen (einfach) rechtswidriges Handeln des Stiftungsvorstands vorzugehen. Die vorstehend dargestellten, in einigen Landesstiftungsgesetzen angeordneten Einschränkungen sind richtiger Weise mit verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht nicht vereinbar. Diese Frage ist allerdings stark umstritten.

(aa.) Die Einschränkungen der Stiftungsaufsicht über privatnützige Stiftungen decken sich mit entsprechenden Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht.²⁹⁸ Diese sind damit begründet worden, dass bei privatnützigen Stiftungen bzw. Familienstiftungen kein gleichrangiges öffentliches Interesse an einer staatlichen Mitwirkung in Form der Rechtsaufsicht bestehe wie bei dem Gemeinwohl dienenden Stiftungen. Zudem fände bei Familienstiftungen eine ausreichende Überwachung durch die Destinatäre statt.²⁹⁹

Diese Argumente können jedoch nicht überzeugen. Es wurde bereits dargelegt, dass ein erhebliches Bedürfnis besteht, die Stiftung vor rechtswidrigem Verhalten ihrer Organe zu schützen. Vor allem dann, wenn ein stiftungsinternes Aufsichtsorgan fehlt oder es zwar besteht, aber seinen

Aufgaben nicht hinreichend nachkommt, kann ein Kontrollvakuum entstehen, das durch die Stiftungsbehörden zu füllen ist. Auch eine Kontrolle durch die Stiftungsdestinatäre ist nur dann möglich, wenn diesen in der Stiftungssatzung Klagebefugnisse eingeräumt worden sind. Zwar mag es in der Praxis bei privatnützigen Stiftungen häufiger als bei anderen Stiftungen vorkommen, dass stiftungsinterne Aufsichtsorgane geschaffen und Destinatäre mit Klagerechten ausgestattet werden.³⁰⁰ Zwingend ist dies angesichts des abschließenden Katalogs der Anerkennungsvoraussetzungen in § 80 Abs. 2 BGB jedoch nicht. Die Privatnützigkeit einer Stiftung oder deren Ausgestaltung als Familienstiftung sind folglich allein kein geeignetes Kriterium, um eine Einschränkung der staatlichen Stiftungsaufsicht zu rechtfertigen.³⁰¹

(bb.) Unter den Kritikern einer Einschränkung der Stiftungsaufsicht ist umstritten, welche Schlussfolgerungen aus diesen Bedenken zu ziehen sind. Dabei geht es um die Frage, ob die entsprechenden landesstiftungsgesetzlichen Bestimmungen lediglich rechtspolitisch verfehlt sind und deshalb de lege ferenda aufgehoben werden sollten oder aber ob sie gegen höherrangiges Recht verstoßen und deshalb de lege lata nicht zur Anwendung kommen können.

Die überwiegende Meinung unter den Kritikern hält die Einschränkungen der Stiftungsaufsicht für privatnützige Stiftungen für zulässig und anwendbar.³⁰² Insbesondere liege darin kein Verstoß gegen den bundesrechtlichen Grundsatz der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung (§ 80 Abs. 2 BGB), der über Art. 72 Abs. 1 GG im Widerspruch stehendes Landesrecht verdrängen würde.³⁰³ Zwar könne sich die Einschränkung der staatlichen Stiftungsaufsicht für die Stiftung als Nachteil erweisen, so dass dann, wenn der Landesgesetzgeber für die Einschränkung an die Verfolgung bestimmter Stiftungszwecke anknüpfe, ein Verstoß gegen den Grundsatz der Zweckneutralität vorliege. Der bundesrechtliche Grundsatz der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung betreffe aber nur den Zeitpunkt der Errichtung und der Beendigung der Stiftung. Für die laufende Aufsicht über die Stiftung mache er keine Vorgaben. Deren Ausgestaltung falle allein in die Zuständigkeit des Landesstiftungsgesetzgebers. Er sei deshalb auch berechtigt, danach zu

differenzieren, welche Zwecke die Stiftung verfolge.³⁰⁴

Andere halten die einschränkenden Bestimmungen hingegen für unanwendbar.³⁰⁵ *Muscheler* begründet dies damit, dass der Stifter einer privatnützigen Stiftung wegen des Fehlens einer staatlichen Stiftungsaufsicht faktisch gezwungen werde, ein stiftungsinternes Aufsichtsorgan zu schaffen, um die Stiftung vor rechtswidrigem Verhalten des Stiftungsvorstands zu schützen. Dies verstoße jedoch gegen den abschließenden Katalog der Anerkennungsvoraussetzungen des § 80 Abs. 2 BGB. Die Sonderregelungen für privatnützige Stiftungen könnten deshalb wegen Art. 72 GG keine Anwendung finden.³⁰⁶

(cc.) Richtiger Weise ist darauf abzustellen, dass den Staat auch gegenüber privatnützigen Stiftungen eine Schutzpflicht trifft,³⁰⁷ die er durch eine Einschränkung der Stiftungsaufsicht über diese Stiftungen verletzen würde. Wenn der Staat die Schaffung von Rechtssubjekten ermöglicht, die durch ihre Struktur bedingt Kontrolldefizite aufweisen, hat er gleichzeitig dafür zu sorgen, dass die Rechte dieser Rechtssubjekte gegen Eingriffe Dritter geschützt werden.³⁰⁸ Die Schutzpflicht folgt dabei unmittelbar aus der Grundrechtsfähigkeit der Stiftungen. Sie besteht unabhängig davon, welchen Zweck die Stiftung verfolgt.³⁰⁹ Schließlich hat sich die Rechtsordnung dafür entschieden, gerade auch privatnützige Stiftungen als eigene Rechtssubjekte anzuerkennen.

Ein solcher Schutz ist bei Stiftungen dann nicht gewährleistet, wenn es ein stiftungsinternes Aufsichtsgremium überhaupt nicht gibt oder aber dieses seine Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllt. In beiden Fällen ist eine staatliche Stiftungsaufsicht zwingend erforderlich.³¹⁰ Die gebotene Einschränkung der staatlichen Kompetenzen erfolgt durch den Grundsatz der Subsidiarität staatlicher Stiftungsaufsicht. Als ultima ratio muss es den Stiftungsbehörden jedoch stets möglich sein, Aufsichtsmittel zu ergreifen.³¹¹ Die vom Landesstiftungsgesetzgeber vorgesehenen Beschränkungen der Stiftungsaufsicht genügen diesen Anforderungen nicht. Die Landesstiftungsgesetze sind dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass den Stiftungsbehörden auch bei privatnützigen Stiftungen bzw. bei Familienstiftungen die allgemeinen Befugnisse zustehen, solange

kein funktionierendes stiftungsinternes Aufsichtssystem existiert. Kommt eine verfassungskonforme Auslegung nicht in Betracht, ist die Verfassungswidrigkeit der einschränkenden Bestimmungen nach allgemeinen Regeln festzustellen.³¹² Es haben für diese Stiftungen dieselben Regeln wie für gemeinnützige Stiftungen zu gelten. Dies bedeutet aber zugleich, dass auch eine bei privatnützigen Stiftungen bzw. Familienstiftungen erteilte Entlastung wegen des Vorbehalts staatlicher Aufsicht keine Präklusionswirkungen entfalten kann.

5. Ergebnis

Die Erteilung einer Entlastung ist bei einer selbstständigen Stiftung nur dann möglich, wenn ein stiftungsinternes Aufsichtsorgan geschaffen worden ist, dessen Aufgabe es ist, die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen.

Fehlt ein solches Organ, ist eine Entlastung im Rechtssinn ausgeschlossen. Die Stiftungsbehörden haben wegen der Beschränkung der staatlichen Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht keine Befugnis, über die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung zu urteilen. Außenstehenden Personen wie auch dem Stifter oder den Stiftungsdestinatären stehen als solchen überhaupt keine Aufsichtsrechte zu. Schließlich scheidet auch eine Eigenentlastung des Stiftungsvorstands wegen der Gesamtverantwortung aller Organmitglieder für die Geschäftsführung aus.

Präklusionswirkungen kann hingegen auch die von einem stiftungsinternen Aufsichtsorgan erteilte Entlastung nicht entfalten. Zwar würde deren Anerkennung regelmäßig dem (mutmaßlichen) Stifterwillen entsprechen. Sie scheitert aber am Vorbehalt staatlicher Stiftungsaufsicht. Dies gilt in gleicher Weise für gemeinnützige wie für privatnützige Stiftungen.

.

C. Einzelfragen der Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung

Da die Entlastung bei selbstständigen Stiftungen keine Präklusionswirkungen entfaltet, ist ihr praktischer Nutzen eher gering. Ohne diese Wirkungen kann sie ihre wichtigste Funktion, nämlich vorzeitig Rechtssicherheit zu schaffen, nicht erfüllen. Anders als im Aktienrecht wird dies bei der mitgliederlosen Stiftung auch nicht dadurch kompensiert, dass die Entlastung zu einer Ausweitung von Mitgliedschaftsrechten führt und damit dem Minderheitenschutz dienen kann.

Es spricht gleichwohl nichts dagegen, das Rechtsinstitut – mit den vorgenannten Einschränkungen – auch bei selbstständigen Stiftungen anzuwenden. Schließlich wirkt sich die Entlastung auch ohne ihre Präklusionswirkungen positiv auf die Stiftung aus. Es wurde bereits ausgeführt, dass schon die bloße Institutionalisierung eines formalisierten Kontrollverfahrens zu einer Verbesserung der stiftungsinternen Aufsicht führen kann. Auch die psychologischen Wirkungen der Entlastung sind nicht an die Präklusionswirkung gebunden.

Vor diesem Hintergrund ist es geboten, sich auch mit den Einzelfragen auseinander zu setzen, die sich im Zusammenhang mit der Entlastungserteilung bei selbstständigen Stiftungen stellen. Im Folgenden sollen zunächst die Details des Entlastungsverfahrens dargestellt werden. Anschließend ist zu untersuchen, wie fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse zu behandeln sind und ob es einen Anspruch auf Entlastung geben kann.

I. Verfahren der Entlastungserteilung

1. Zuständigkeit für die Entlastungserteilung

Die wesentlichen die Zuständigkeit für die Entlastungserteilung betreffenden Fragen sind bereits im Abschnitt B dieses zweiten Teils der Arbeit beantwortet worden. Entlastung kann danach nur durch ein gesondertes stiftungsinternes Aufsichtsorgan erteilt werden, das die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen hat.

Verfügt die Stiftung über ein entsprechendes internes Aufsichtsorgan, ist eine ausdrückliche Befugnis zur Entlastungserteilung in der Stiftungssatzung nicht erforderlich. Vielmehr kann in Ermangelung gegenteiliger Hinweise davon ausgegangen werden, dass eine solche Befugnis dem (mutmaßlichen) Stifterwillen entspricht, weil das Rechtsinstitut – trotz der fehlenden Präklusionswirkung – der Verwirklichung des Stifterwillens förderlich ist.

2. Entlastung des Aufsichtsorgans

Bisher noch nicht angesprochen wurde die Frage, ob neben dem Stiftungsvorstand auch dem stiftungsinternen Aufsichtsorgan selbst Entlastung erteilt werden kann.

a. Verbandsrecht

Im Verbandsrecht bereitet die Entlastung des Aufsichtsorgans keine besonderen Probleme. Hat die Mitgliederversammlung dem Geschäftsführungsorgan selbst Entlastung erteilt, kommt eine weitergehende Entlastung nicht in Betracht. Die Mitgliederversammlung ist für die Festlegung des Verbandswillens originär und autonom zuständig und untersteht insoweit keiner Aufsicht eines anderen Organs.

Sind die Aufsichts- und Kontrollrechte samt der Befugnis zur Erteilung der Entlastung zulässiger Weise von der Mitgliederversammlung auf ein anderes Aufsichtsorgan delegiert worden und soll dieses nunmehr selbst entlastet werden, ist die Mitgliederversammlung hierfür zuständig, da das Organ wiederum der Aufsicht der Mitgliederversammlung als oberstem

Verbandsorgan unterliegt.

b. Selbstständige Stiftungen

Bei selbstständigen Stiftungen ist die Lage hingegen anders. Das stiftungsinterne Aufsichtsorgan kann den Willen der Stiftung gerade nicht originär und autonom festlegen, sondern ist an den ihm vorgegebenen Stifterwillen gebunden. Auch beim Aufsichtsorgan stellt sich deshalb die Frage, ob es seine Pflichten gegenüber der Stiftung ordnungsgemäß erfüllt hat. Es besteht damit aber grundsätzlich auch ein Bedürfnis für seine Entlastung.

Eine solche Entlastung ist in letzter Konsequenz jedoch nicht möglich, weil ein Organ fehlt, das sie erteilen könnte. Wie beim Stiftungsvorstand muss eine Eigenentlastung des Aufsichtsorgans oder eine Entlastung durch externe Dritte oder die Stiftungsbehörden ausscheiden. Das Problem kann endgültig auch nicht dadurch gelöst werden, dass neben dem Stiftungsvorstand und dem ihn kontrollierenden Aufsichtsrat stiftungsintern ein weiteres Gremium geschaffen wird, das wiederum den Aufsichtsrat zu überwachen hat. Auf diese Weise wird das Problem nur auf eine höhere Ebene verlagert: Zwar kann der Aufsichtsrat durch sein Kontrollgremium beaufsichtigt und gegebenenfalls entlastet werden. Es stellt sich anschließend aber unweigerlich die Frage nach der Entlastung des Kontrollgremiums, denn auch dieses ist an den vorgegebenen Stifterwillen gebunden und sieht sich deshalb einem möglichen Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens ausgesetzt. Für diese Entlastung fehlt allerdings wiederum ein geeignetes Stiftungsorgan.

Auch eine wechselseitige bzw. ringförmige Beaufsichtigung mehrerer Stiftungsorgane mit anschließender Entlastungserteilung ist nicht möglich. Bereits im Zusammenhang mit einer möglichen Eigenentlastung des Stiftungsvorstands wurde darauf hingewiesen, dass bei einer solchen wechselseitigen Beaufsichtigung keine hinreichende Aussicht auf eine ordnungsgemäße Kontrolle im Vorfeld der Entlastungsentscheidung besteht.³¹³ Vielmehr ist zu erwarten, dass sich die beteiligten Organe sehr wohlwollend Entlastung erteilen werden, um die eigene Entlastung nicht

zu gefährden. Eine solche gegenseitige Beurteilung der Geschäftsführung ist nicht als Entlastung im Rechtssinne anzuerkennen.

3. Prüfungs- und Entscheidungsverfahren

Die Einzelheiten des bei der Entlastungserteilung zu beachtenden Verfahrens ergeben sich vorrangig aus der Stiftungssatzung. Soweit sich dort keine Regelungen finden, ist auf allgemeine Grundsätze zurückzugreifen. Wesentliche Unterschiede zum Verbandsrecht, wie es bereits in ersten Teil der Arbeit in Grundzügen dargestellt wurde, bestehen nicht.

a. Vorlage der Rechenschaftsunterlagen

Das Entlastungsverfahren beginnt mit der Vorlage der Rechenschaftsunterlagen durch den Stiftungsvorstand beim stiftungsinternen Aufsichtsorgan. Soweit die Stiftungssatzung keine Spezialregelungen enthält, ergibt sich die Pflicht zur Rechnungslegung bürgerlichrechtlich³¹⁴ aus § 86 Satz 1 i.V.m. §§ 27 Abs. 3, 666, 259 f. BGB. Der Stiftungsvorstand ist danach insbesondere verpflichtet, die Ein- und Ausgaben der Stiftung sowie ein Bestandsverzeichnis über das Stiftungsvermögen zusammenzustellen und über seine Geschäftsführung, vor allem die Art und Weise der Verfolgung des Stiftungszwecks, sowie sämtliche bedeutsamen Ereignisse periodisch zu berichten.³¹⁵

b. Prüfungsumfang

Auf der Grundlage dieser Unterlagen prüft das Aufsichtsgremium anschließend die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit. Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit sind die Vorgaben durch Gesetz, Stiftungssatzung und Stiftungsgeschäft. Die Zweckmäßigkeit ist daran zu messen, wie sehr die einzelnen Maßnahmen der Erreichung des Stiftungszwecks förderlich waren. Die Grundsätze, nach denen das Aufsichtsorgan über die Entlastung zu entscheiden hat, sind bereits im Zusammenhang mit den möglichen Folgen einer

Präklusionswirkung entfaltenden Entlastung angesprochen worden.³¹⁶ Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Anders als im Verbandsrecht³¹⁷ kann das Aufsichtsorgan bei der Stiftung über die Entlastung nicht nach eigenem grundsätzlich freiem Ermessen entscheiden. Vielmehr ist es auch bei der Entlastungserteilung an den (mutmaßlichen) Stifterwillen gebunden. Dieser wird regelmäßig dahin gehen, dass über die Entlastung nur nach einer vollumfänglichen und gewissenhaften Überprüfung der Geschäftsführung einschließlich der Rechnungslegungsunterlagen und Rechenschaftsberichte entschieden werden soll.³¹⁸ Bei der Frage, ob die Geschäftsführung als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig gebilligt werden kann, ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen. Hat der Stiftungsvorstand Pflichtverletzungen begangen, sind deren Schwere, Häufigkeit und Folgen zu bewerten und gegenüber den Verdiensten des Stiftungsvorstands zu gewichten. Sind die Pflichtverletzungen nicht nur unerheblich, wird die Gesamtabwägung regelmäßig dazu führen, dass die Entlastung zu versagen ist.

Die Entlastung darf bei der selbstständigen Stiftung auch nicht etwa deshalb unter erleichterten Voraussetzungen erteilt werden, weil sie hier keine Präklusionswirkung entfalten kann und von ihr aus diesem Grund keine unmittelbaren Gefahren ausgehen können. Dies würde die Entlastung als Rechtsinstitut nämlich insgesamt entwerten. Zudem gäbe das mit der Entlastung verbundene Lob einen Anreiz, die an sich nicht billigenwerte Geschäftsführung fortzusetzen, was sich wiederum – jedenfalls mittelfristig – negativ auf die Stiftung auswirken würde.

Nur ganz ausnahmsweise kann es mit Blick auf den mutmaßlichen Stifterwillen angezeigt sein, Entlastung zu erteilen, obwohl der Stiftungsvorstand nicht nur unerhebliche Pflichtverletzungen begangen hat. Dies ist etwa denkbar, wenn die durch die Versagung der Entlastung zu erwartenden Nachteile (z.B. Image-Schaden, ausbleibende Spendengelder oder Zustiftungen) für die Stiftung deutlich schwerer wiegen als die Nachteile, die von einer sachlich nicht gerechtfertigten Entlastung ausgehen. Ein solcher Fall kann aber nur höchst selten

anerkannt werden, da andernfalls eine Pervertierung des Rechtsinstituts der Entlastung droht.

Entdeckt das Aufsichtsorgan bei seinen Kontrollen Pflichtverletzungen des Stiftungsvorstands, kann es die Entlastung auch zum Anlass nehmen zu prüfen, ob die Durchsetzung der daraus etwaig resultierenden Schadenersatzansprüche gegen den Stiftungsvorstand im Interesse der Stiftung liegt oder nicht besser von der Geltendmachung der Ansprüche vorerst Abstand genommen bzw. sogar ein endgültiger Anspruchsverzicht vereinbart werden sollte. Voraussetzung ist allerdings, dass auch diese weitergehenden Entscheidungen nach der internen Stiftungsorganisation in die Zuständigkeit des Aufsichtsorgans fallen. Ist dies der Fall, ist das Aufsichtsorgan bei seiner Entscheidungsfindung wiederum an den (mutmaßlichen) Stifterwillen gebunden. Danach kommt ein Anspruchsverzicht nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht.³¹⁹ Wird ein Anspruchsverzicht rechtsgeschäftlich vereinbart, obwohl er nicht im Stiftungsinteresse liegt, werden seiner Wirksamkeit häufig die Grundsätze der Kollusion und des Missbrauchs der Vertretungsmacht entgegenstehen. Wie bereits dargelegt wurde,³²⁰ sind aber jedenfalls theoretisch Fälle denkbar, in denen der Verzicht gleichwohl wirksam ist.

c. Beschlussfassung

Für die Fassung des Entlastungsbeschlusses durch das Aufsichtsorgan gelten grundsätzlich die allgemeinen auch bei sonstigen Beschlussfassungen zu beachtenden Regeln. Dies gilt insbesondere für die Einberufung des Aufsichtsorgans, dessen Beschlussfähigkeit und die erforderlichen Beschlussmehrheiten. Gesetzliche Vorgaben fehlen hierzu weitestgehend. Einzig § 32 Abs. 1 Satz 2 und 3 i.V.m. §§ 28 Abs. 1, 86 Satz 1 BGB schreiben vor, dass es zur Gültigkeit des Beschlusses erforderlich ist, den Beschlussgegenstand bei der Einberufung zu bezeichnen, und dass bei der Beschlussfassung die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet. Auch diese Vorgaben sind allerdings dispositiver Natur, vgl. § 40 Satz 1 BGB. Die Beschlussfassung richtet sich deshalb in erster Linie nach den Bestimmungen in der

Stiftungssatzung bzw. der Geschäftsordnung des Aufsichtsorgans. Solche Regelungen sind dringend zu empfehlen, um Unklarheiten und fehlerhafte Beschlüsse zu vermeiden. Fehlen Vorgaben in Satzung bzw. Geschäftsordnung und Gesetz, ist auf allgemeine Prinzipien zurückzugreifen.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit können die allgemeinen Grundsätze des Beschlussrechts nicht dargestellt werden.³²¹ Es soll im Folgenden lediglich auf die speziell bei der Fassung des Entlastungsbeschlusses zu beachtenden Besonderheiten eingegangen werden.

aa. Beschlussantrag

So wie jeder andere Beschluss bedarf auch der Entlastungsbeschluss eines entsprechenden Antrags.³²² Dieser kann darauf gerichtet sein, den Stiftungsvorstand als Ganzen (sog. Gesamtentlastung) oder einzelne seiner Mitglieder (sog. Einzelentlastung) zu entlasten.³²³ Die Entlastung kann sich auf einzelne Geschäftsführungsperioden oder – insbesondere wenn sie im Zusammenhang mit dem Ausscheiden aus dem Stiftungsvorstand erteilt wird – auf die gesamte Amtszeit beziehen.³²⁴ Ebenso kann sie auf einzelne Sachverhalte beschränkt werden (sog. Spezialentlastung)³²⁵ oder einzelne Sachverhalte, die an sich in die betreffende Geschäftsführungsperiode fallen, von der Entlastung ausnehmen.³²⁶ Letzteres ist vor allem dann sinnvoll, wenn noch nicht alle Informationen vorliegen, um den betreffenden Sachverhalt abschließend beurteilen zu können.

bb. Konkludente Entlastung?

(1.) Verbandsrecht

Im Verbandsrecht entspricht es ganz herrschenden Meinung, dass die Entlastung zwingend durch Beschluss erfolgt.³²⁷ Der Entlastungsbeschluss muss allerdings nicht notwendiger Weise auch als solcher bezeichnet sein. Maßgeblich ist allein, ob seinem Inhalt nach die Geschäftsführung als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig gebilligt wird. Die Auslegung kann demgemäß ergeben, dass ein anderweitig bezeichneter Beschluss

(auch) als Entlastungsbeschluss zu deuten ist.³²⁸ Denkbar ist dies etwa bei der Wiederbestellung des Geschäftsführers nach Ablauf seiner Amtszeit oder beim Beschluss über die Billigung der von ihm vorgelegten Rechnungslegungsunterlagen.³²⁹ Ein Automatismus ist dies jedoch nicht. Es muss in jedem Einzelfall anhand der konkreten Umstände geprüft werden, ob über den nominellen Beschlussgegenstand hinaus ausnahmsweise auch über die Billigung der Geschäftsführung Beschluss gefasst worden ist.

Demgegenüber wird eine Entlastung ohne Beschluss nicht anerkannt, da es sich bei ihr – entgegen früherem Verständnis – gerade nicht um eine rechtsgeschäftliche Verzichtserklärung handelt.³³⁰ Es liegt deshalb auch dann keine Entlastung im Rechtssinne vor, wenn das in Rede stehende Verhalten die Billigung der Geschäftsführung schlüssig zum Ausdruck bringt. Erst recht keine Entlastung stellt es dar, wenn das Aufsichtsorgan es bloß unterlässt, Pflichtverletzungen des Geschäftsführungsorgans zu beanstanden.³³¹ Darin ist regelmäßig noch nicht einmal eine Billigung der Geschäftsführung zu sehen.

Im Verbandsrecht kommt der Frage, ob eine Entlastung vorliegt, eine besondere Bedeutung zu, weil diese darüber entscheidet, ob mögliche Sanktionen unter den erleichterten Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts oder nur nach Maßgabe der allgemeinen – sehr strengen – Grundsätze des Verbots widersprüchlichen Verhaltens und der Verwirkung präkludieren.³³²

(2.) Selbstständige Stiftungen

Im Recht der selbstständigen Stiftung ist diese Frage hingegen weit weniger bedeutsam. Denn richtiger Weise ist eine vorzeitige Präklusion von Sanktionen gegen den Stiftungsvorstand durch ein Verhalten des Aufsichtsorgans – außer durch rechtsgeschäftliche Verzichte – hier insgesamt ausgeschlossen, und zwar unabhängig davon, worauf diese gestützt werden soll. Der Präklusionswirkung steht in jedem Fall der Vorbehalt staatlicher Stiftungsaufsicht entgegen.

Sowohl die Entlastung als auch die Grundsätze über die Verwirkung und das allgemeine Verbot widersprüchlichen Verhaltens haben gemein, dass auf Seiten des Stiftungsvorstands ein schutzwürdiges Vertrauen darauf entstanden sein muss, wegen etwaiger Pflichtverletzung nicht mehr mit Sanktionen belegt zu werden. Wie bezogen auf die Präklusionswirkung der Entlastung bereits dargelegt wurde,³³³ kann ein solches Vertrauen bei der selbstständigen Stiftung aber nicht entstehen.³³⁴ Es muss dem Stiftungsvorstand bewusst sein, dass die Stiftungsbehörden – jedenfalls als ultima ratio – weiter berechtigt sind, die Verhängung von Sanktionen anzuordnen. Dieses Recht kann durch ein Verhalten des stiftungsinternen Aufsichtsorgans grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. Eine Ausnahme besteht nur bei rechtsgeschäftlich vereinbarten Verzichten auf Sanktionsrechte. Hier sind zwar – jedenfalls theoretisch – auch konkludent geschlossene Verträge denkbar. Regelmäßig werden diese Verzichte aber an den Grundsätzen über die Kollusion und den Missbrauch der Vertretungsmacht scheitern.

Auch wenn bei selbstständigen Stiftungen eine genaue Abgrenzung der Entlastung von sonstigen Formen der Billigung im Hinblick auf die Rechtsfolgen nicht erforderlich ist, sollte eine solche doch erfolgen, um dem Rechtsinstitut klare Konturen zu geben. Vor diesem Hintergrund ist der herrschenden Meinung im Verbandsrecht auch für das Stiftungsrecht zu folgen und nur ein Verhalten mit Beschlusscharakter als Entlastung im Rechtssinn anzuerkennen. Sonstige Verhaltensweisen mögen zwar eine konkludente Billigung der Geschäftsführung, nicht jedoch eine Entlastung darstellen. Zuzustimmen ist der herrschenden Meinung im Verbandsrecht auch darin, dass es für das Vorliegen (auch) eines Entlastungsbeschlusses nicht auf die nominelle Bezeichnung, sondern den Inhalt des Beschlusses ankommt. Insofern kann ein anders bezeichneter Beschluss (zusätzlich) eine Entlastung im Rechtssinn darstellen.

cc. Verbot, über die eigene Entlastung abzustimmen

(1.) Relevanz im Stiftungsrecht

Im Verbandsrecht hat das Verbot, über die eigene Entlastung

abzustimmen, erhebliche Bedeutung, weil das Geschäftsführungsorgan häufig auch Mitglied des Verbands ist. Im Stiftungsrecht sollte sich dieses Problem hingegen idealer Weise nicht stellen. Um die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Aufsichtsorgans zu sichern, wird eine gute Stiftungssatzung vorsehen, dass ein Vorstandsmitglied nicht zugleich auch Mitglied des über die Entlastung entscheidenden Aufsichtsgremiums sein darf.³³⁵ Fehlt eine entsprechende Satzungsbestimmung, kann es aber zu personellen Überschneidungen zwischen Stiftungsvorstand und Aufsichtsgremium kommen, da eine gesetzliche Inkompatibilitätsregelung fehlt.³³⁶ Auch die Stiftungspraxis zeigt, dass solche personellen Überschneidungen nicht unüblich sind.³³⁷

Auch ohne personelle Überschneidungen kann das Stimmverbot relevant werden, wenn das Aufsichtsorgan als solches oder einzelne seiner Mitglieder im Vorfeld von Geschäftsführungsmaßnahmen etwa als Berater in die Entscheidungsfindung einbezogen wurden und sie diesen Maßnahmen zugestimmt haben. Hier würde das Aufsichtsorgan bzw. das betroffene Mitglied bei der Entlastung über ein Verhalten urteilen, das es selbst bereits mitgetragen hat. Auch solche Fälle sollten durch entsprechende Satzungsregelungen vermieden werden, etwa indem die Aufgabe des Aufsichtsorgans ausdrücklich auf die nachträgliche Kontrolle beschränkt und ihm eine Beratung im Vorfeld von Geschäftsführungsmaßnahmen untersagt wird.

Werden diese Empfehlungen bei der Satzungsgestaltung nicht beachtet, greift das Verbot, dass niemand über die eigene Entlastung abstimmen darf, auch im Stiftungsrecht ein.

(2.) Dogmatische Herleitung

Schwierigkeiten bereitet jedoch seine Herleitung, da – anders als im Aktien-³³⁸, GmbH-³³⁹ und Genossenschaftsrecht³⁴⁰ – eine ausdrückliche Regelung im Gesetz fehlt. Denkbar erscheint es, das Stimmverbot unmittelbar auf § 34 i.V.m. §§ 28 Abs. 1, 86 Satz 1 BGB zu stützen oder aber auf den allgemeinen Grundsatz, dass niemand Richter in eigenen Angelegenheiten sein darf. Dem letzteren Ansatz ist zu folgen.

(a.) § 34 BGB schließt das Stimmrecht einer Person nur aus, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits mit ihm betrifft. Auf der Grundlage der heute herrschenden und auch hier vertretenen Meinung zum Inhalt des Entlastungsbeschlusses und zur Begründung einer etwaigen Präklusionswirkung³⁴¹ ist dies bei der Entlastungserteilung aber beides nicht der Fall.³⁴² So wird bei ihr nicht über einen Anspruchsverzicht, sondern nur über die Billigung der Geschäftsführung des Stiftungsvorstands abgestimmt.³⁴³ Auch eine erweiternde Auslegung des § 34 BGB kann jedenfalls im Recht der selbstständigen Stiftungen nicht damit begründet werden, dass die Entlastung einem rechtsgeschäftlichen Verzicht vergleichbare Rechtsfolgen hat.³⁴⁴ Schließlich können die Präklusionswirkungen hier nicht eintreten. Eine Herleitung des Stimmrechtsverbots unmittelbar aus § 34 i.V.m. §§ 28 Abs. 1, 86 Satz 1 BGB scheidet folglich aus.³⁴⁵

(b.) Einschlägig ist jedoch das allgemeine Verbot des Richtens in eigenen Angelegenheiten, das nach richtiger Ansicht neben § 34 BGB anwendbar ist.³⁴⁶ Generell ist sehr umstritten, ob die für die einzelnen Rechtsformen gesetzlich normierten Stimmverbote auf andere als die ausdrücklich erwähnten Sachverhalte entsprechend angewandt werden können bzw. neben den gesetzlichen noch weitere Stimmverbote zu beachten sind.³⁴⁷ Die Rechtsprechung legte die gesetzlichen Stimmverbote einschließlich § 34 BGB zunächst sehr restriktiv aus.³⁴⁸ Mittlerweile hat sich jedoch immer stärker die Erkenntnis durchgesetzt, dass die gesetzlichen Stimmverbote nicht abschließend sind. Zwar gibt es kein allgemeines Stimmverbot, das immer dann eingreift, wenn Interessenskonflikte drohen.³⁴⁹ Im Einzelfall kann aber sehr wohl auf die den gesetzlichen Verböten zugrunde liegenden Rechtsgedanken zurückgegriffen werden, um ein Stimmverbot zu begründen, das über die gesetzlich ausdrücklich normierten hinausgeht.³⁵⁰

Einer dieser Rechtsgedanken ist das Verbot des Richtens in eigenen Angelegenheiten, der seine spezielle Ausprägung im Verbot findet, über die eigene Entlastung abzustimmen. Ausdrücklich geregelt ist dieses Verbot in § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG und § 43 Abs. 6 GenG. Es handelt sich dabei allerdings richtiger Weise um einen

allgemeinen Grundsatz des Beschlussrechts, der auch dort eingreift, wo – wie im Stiftungsrecht – eine ausdrückliche Regelung fehlt.³⁵¹ Dagegen kann nicht vorgebracht werden, dass es der Gesetzgeber bewusst unterlassen habe, ein solches Stimmverbot in § 34 BGB anzuordnen. Der historische Gesetzgeber ging nämlich noch davon aus, dass die Entlastung dogmatisch als rechtsgeschäftlicher Verzicht einzuordnen ist, so dass eine nochmalige Erwähnung der Entlastung neben den in § 34 BGB ausdrücklich geregelten Fällen nicht erforderlich schien.³⁵² Wenn nun das geänderte Verständnis zur Rechtsnatur der Entlastung dazu führt, dass sie nicht mehr unter die in § 34 BGB geregelten Fälle subsumiert werden kann, muss das Stimmverbot nicht mit Hinweis auf einen angeblich abschließenden Charakter des § 34 BGB entfallen. Es bleibt vielmehr die Möglichkeit, es auf das allgemeine Verbot des Richtens in eigenen Angelegenheiten zu stützen.

(3.) Reichweite des Stimmverbots in persönlicher Hinsicht

Umstritten ist, wie weit das Stimmverbot in persönlicher Hinsicht reicht. Einigkeit besteht noch insoweit, als sämtliche Vorstandsmitglieder von der Stimmabgabe im Aufsichtsorgan ausgeschlossen sind, wenn im Aufsichtsorgan über die Gesamtentlastung des Vorstands Beschluss gefasst werden soll.³⁵³

Bei der Einzelentlastung individueller Vorstandsmitglieder gehen die Meinungen hingegen auseinander. Eine Ansicht will auch in diesem Fall nicht nur das zu entlastende Vorstandsmitglied, sondern auch alle übrigen Vorstandsmitglieder generell von der Abstimmung im Aufsichtsorgan ausschließen.³⁵⁴ Nach herrschender Meinung greift das Stimmverbot bei den übrigen Vorstandsmitgliedern hingegen nur ein, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass sie an einem Vorgang mitgewirkt haben, der dem zur Entlastung anstehenden Vorstandsmitglied als Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Ist dies nicht der Fall, soll nur das konkret zu entlastende Vorstandsmitglied von der Abstimmung ausgeschlossen sein.³⁵⁵

In der Praxis wird dieser Streit indes nur selten relevant, weil sich die

Vorstandsmitglieder vor der Durchführung von Maßnahmen regelmäßig untereinander abstimmen werden, wenn nicht ohnehin ein gemeinsames Handeln erforderlich ist. In diesen Fällen sind auch auf der Grundlage der herrschenden Meinung alle Vorstandsmitglieder von der Abstimmung ausgeschlossen, weil sie die Geschäftsführungsmaßnahmen gemeinsam mitgetragen haben.³⁵⁶

Unterschiedliche Ergebnisse sind allerdings denkbar, wenn die Vorstandsmitglieder jeweils gesonderte Aufgabenbereiche haben, in denen sie ohne Mitwirkung anderer Vorstandsmitglieder Entscheidungen treffen können und dies auch tatsächlich so handhaben (Spartenorganisation). Folgt man dem hier vertretenen Ansatz, wonach auch bei Bestehen eines Geschäftsverteilungsplans eine Gesamtverantwortung aller Mitglieder des Stiftungsvorstands für die Geschäftsführung besteht,³⁵⁷ muss sich das Stimmverbot jedoch stets auf alle Mitglieder des Stiftungsvorstands erstrecken. So wurde bereits dargelegt, dass aus dieser Gesamtverantwortung eine Pflicht erwächst, die Geschäftsführung der Vorstandskollegen in deren Ressorts zu überwachen. Werden im Entlastungsverfahren Pflichtverletzungen einzelner Vorstandsmitglieder aufgedeckt, steht immer auch der Vorwurf im Raum, dass die übrigen Vorstandsmitglieder ihre Überwachungspflichten verletzt haben könnten. Bei der Entscheidung über die Entlastung der Vorstandskollegen wird deshalb zumindest indirekt auch das eigene Verhalten auf den Prüfstand gestellt. Eine unvoreingenommene Entscheidung ist nicht zu erwarten. Diesem Interessenkonflikt will das Verbot, über die eigene Entlastung zu entscheiden, gerade Rechnung tragen. Wollte man dies anders sehen, droht das Rechtsinstitut der Entlastung insgesamt seine Rechtfertigung zu verlieren.³⁵⁸ Folglich sind stets alle Mitglieder des Stiftungsvorstands von der Beschlussfassung im Aufsichtsgremium über die Entlastung ihrer Vorstandskollegen ausgeschlossen.

dd. Pflicht zur Begründung der Entlastungsentscheidung

Fraglich ist, ob es eine Pflicht oder Obliegenheit gibt, die positive bzw. negative Entlastungsentscheidung zu begründen. Auf den ersten Blick hätte dies durchaus Vorteile. Schließlich dient die Entlastung gerade auch

dazu, dem Geschäftsführungsorgan eine Rückmeldung zu seiner bisherigen Tätigkeit zu geben, um ihm gegebenenfalls auch eine Verhaltensänderung zu ermöglichen. Dafür ist es aber wichtig, dem Geschäftsführungsorgan die Gründe für die Entlastungsentscheidung mitzuteilen.³⁵⁹

Eine solche Begründungspflicht³⁶⁰ bzw. -obliegenheit ist gleichwohl abzulehnen.³⁶¹ Es stellt sich schon die rein praktische Frage, wer die Begründung zu liefern hätte. Die Mitglieder des Entlastungsgremiums werden regelmäßig unterschiedliche Gründe für die Entlastungsentscheidung haben. Soll nun jedes Mitglied einzeln seine Erwägungen offen legen oder ist insoweit ein (weiterer) Mehrheitsbeschluss herbeizuführen?³⁶²

Letztlich entscheidend ist allerdings, dass es nur dann sinnvoll ist, eine Pflicht oder Obliegenheit anzuerkennen, wenn auch kontrolliert werden kann, ob diese ordnungsgemäß erfüllt worden ist. Dies ist bei einer Pflicht bzw. Obliegenheit, die Entlastungsentscheidung zu begründen, aber nicht der Fall. Die Entlastungsentscheidung ist das Ergebnis einer Gesamtabwägung, die im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung zudem stark subjektiv geprägt ist. Bei einer solchen Entscheidung fällt es oft schon schwer, die zugrunde liegenden Erwägungen in Worte zu fassen. Es ist für Außenstehende aber jedenfalls ausgeschlossen nachzuprüfen, ob die Begründung der Wahrheit entspricht oder nur vorgeschoben ist.³⁶³ So sinnvoll eine (wahrheitsgemäße!) Begründung der Entlastungsentscheidung deshalb auch ist, so wenig eignet sie sich doch dazu, Gegenstand einer Pflicht oder Obliegenheit zu sein.

d. Beteiligung der staatlichen Stiftungsbehörden am Entlastungsverfahren

Die Landesstiftungsgesetze sehen zum Teil Anzeige- bzw. Genehmigungspflichten für bestimmte Rechtsgeschäfte der Stiftung vor. So sind nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BWStiftG Rechtsgeschäfte der Stiftung mit Mitgliedern ihrer Organe der Stiftungsbehörde im Voraus anzuzeigen. Nach Art. 19 Nr. 3 BayStiftG bedürfen der Genehmigung der Stiftungsaufsichtsbehörde Rechtsgeschäfte, an denen ein Mitglied eines

Stiftungsorgans persönlich oder als Vertreter eines Dritten beteiligt ist, es sei denn, die Stiftung wird durch einen besonderen Vertreter nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 BayStiftG vertreten, das Rechtsgeschäft besteht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit oder die Stiftung erlangt dadurch einen rechtlichen Vorteil.

Diese Anzeige- bzw. Genehmigungspflichten greifen unzweifelhaft ein, wenn mit dem Stiftungsvorstand ein Vertrag geschlossen werden soll, durch den die Stiftung auf Ansprüche gegen den Stiftungsvorstand verzichtet.³⁶⁴ Bei der Entlastung sind sie hingegen nicht zu beachten. Zwar ist der Entlastungsbeschluss – wie jeder andere Beschluss auch – ein Rechtsgeschäft.³⁶⁵ Er wird dem Stiftungsvorstand regelmäßig auch mitgeteilt. Dies ändert aber nichts daran, dass der Entlastungsbeschluss kein Rechtsgeschäft der Stiftung mit dem Stiftungsvorstand ist. Er bleibt ein internes Rechtsgeschäft, während die Anzeige- und Genehmigungspflichten auf Rechtsgeschäfte der Stiftung im Außenverhältnis abzielen. Würde man auch Beschlüsse von Stiftungsorganen in den Anwendungsbereich mit einbeziehen, müsste etwa ein Beschluss, durch den ein schon bestellter Stiftungsvorstand in seinem Amt bestätigt wird, ebenfalls dem Anzeige- und Genehmigungsvorbehalt unterfallen. Dies ist aber fernliegend.

Ein anderes Ergebnis wäre nur dann denkbar, wenn die Entlastung auch bei selbstständigen Stiftungen Präklusionswirkungen entfalten könnte. Der Entlastungsbeschluss würde dann die Besonderheit aufweisen, dass er wie ein rechtsgeschäftlicher Verzicht wirken kann, also unmittelbar das Außenverhältnis zwischen Stiftung und Stiftungsvorstand berührt. Auch wenn die Präklusionswirkung der Entlastung nach nunmehr herrschender Meinung nicht rechtsgeschäftlich begründet werden kann, sondern aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens folgt, wäre eine Anwendung der Anzeige- und Genehmigungspflichten zu erwägen. Diese Frage erübrigt sich aber, weil eine Präklusionswirkung der Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftungen gerade nicht anzuerkennen ist. Der Entlastungsbeschluss darf folglich gefasst werden, ohne ihn vorher der Stiftungsbehörde anzeigen oder später von dieser genehmigen lassen zu müssen.

II. Fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse

Im Folgenden soll untersucht werden, wie fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse zu behandeln sind. Dabei ist zunächst auf mögliche Fehlerquellen einzugehen. Anschließend sind die Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse und die Rechtsschutzmöglichkeiten der einzelnen Beteiligten gegen solche Beschlüsse darzustellen. Schließlich soll erörtert werden, welche Aufsichtsbefugnisse den Stiftungsbehörden bei fehlerhaften Beschlüssen zustehen.

1. Gründe für die Fehlerhaftigkeit von Entlastungsbeschlüssen

Ein Entlastungsbeschluss kann sowohl aus formellen als auch aus materiellen Gründen fehlerhaft sein.

a. Formelle Fehler

Formelle Fehler ergeben sich aus Verstößen gegen Verfahrensvorschriften, die bei der Beschlussfassung zu beachten sind. Dazu gehören insbesondere Einberufungsmängel, Fehler bei der Versammlungsleitung, Verletzung von Teilnahme-, Mitwirkungs- und Informationsrechten, Fehler bei der Abstimmung, einschließlich der Missachtung von Stimmverboten³⁶⁶, der Beschlussfeststellung und Formverstöße.³⁶⁷

Es besteht allerdings Einigkeit darüber, dass nicht jeder Verfahrensverstoß zur Fehlerhaftigkeit des Beschlusses führt. Wann im Einzelnen ein Verstoß beachtlich ist und wann nicht, ist aber umstritten. Dieser Streit wird nicht nur für Beschlüsse der Mitgliederversammlungen von Verbänden geführt, sondern auch bezogen auf solche von pflichtengebundenen Organen. Er kann deshalb auch auf den Entlastungsbeschluss eines stiftungsinternen Aufsichtsorgans übertragen werden.³⁶⁸

aa. Potentielle Kausalität

Lange Zeit wurde vor allem in der Rechtsprechung überwiegend vertreten,

dass eine potentielle Kausalität zwischen dem Verfahrensfehler und dem Beschlussergebnis ausreiche, um den Beschluss fehlerhaft zu machen.³⁶⁹ Danach führte ein Verfahrensfehler nur dann nicht zur Fehlerhaftigkeit, wenn ein Ursachenzusammenhang zwischen der Normverletzung und dem Beschlussergebnis ausgeschlossen werden konnte. Die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Kausalität hätte nach dieser Ansicht die Stiftung zu tragen, deren Organbeschlüsse als formell fehlerhaft gerügt wurden.³⁷⁰ Dieser Ansatz erwies sich jedoch einerseits als zu weitgehend, weil er alle Verfahrensfehler dem strengen Maßstab der potentiellen Kausalität unterwarf, und andererseits als zu eng, weil er bei klaren Mehrheitsverhältnissen als Freibrief für die Mehrheit missbraucht werden konnte, Verfahrensvorschriften zu missachten.³⁷¹

bb. Relevanztheorie

Nach heute herrschender Meinung³⁷², der sich inzwischen auch die Rechtsprechung³⁷³ angeschlossen hat, ist ein Beschluss hingegen nur dann fehlerhaft, wenn dieser für das Beschlussergebnis relevant ist (sog. Relevanztheorie). Dabei ist eine wertende Betrachtung anzustellen, die sich am Zweck der verletzten Verfahrensnorm orientiert.³⁷⁴ Ein Verfahrensverstoß ist danach relevant, wenn er für das Beschlussergebnis erheblich (fehlerhafte Ergebnisfeststellung) oder für die Wahrnehmung organschaftlicher Teilhaberechte der Organmitglieder wesentlich war.³⁷⁵ Letzteres ist immer dann zu bejahen, wenn gegen Vorschriften verstoßen wird, die die Vorbereitung und Durchführung der Beschlussfassung betreffen (Ladungsfehler, fehlende Mitteilung der Tagesordnung). Solche Fehler stellen unzulässige Eingriffe in die Teilnahme- und Teilhaberechte der Organmitglieder dar.³⁷⁶

Gleiches gilt auch dann, wenn ein Entlastungsbeschluss auf der Grundlage fehlerhafter Informationen, insbesondere fehlender, fehlerhafter oder unvollständiger Berichte der zu entlastenden Organe gefasst wurde. Dies ist jedenfalls im Aktienrecht unstrittig.³⁷⁷ Bei den Verbänden, bei denen die Entlastung Präklusionswirkung entfalten kann, wird diese Fallgruppe hingegen weniger in Bezug auf die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses als im Hinblick auf die Reichweite der Präklusionswirkung diskutiert.³⁷⁸ Soweit

Pflichtverletzungen aus den vorgelegten, gegebenenfalls unvollständigen Unterlagen nicht erkennbar sind, werden diese von der Präklusionswirkung nicht erfasst. Zwar werden damit die einschneidendsten Folgen der Entlastung abgewendet. Dies ändert aber richtiger Weise nichts daran, dass ein solcher Beschluss auch außerhalb des Aktienrechts fehlerhaft ist.³⁷⁹

Soweit es die fehlerhafte Feststellung des Abstimmungsergebnisses betrifft, soll auch nach der Relevanztheorie schon eine potentielle Kausalität zur Fehlerhaftigkeit des Beschlusses führen.³⁸⁰ Feststellungsfehler sind folglich nur dann unbeachtlich, wenn sie auf das Beschlussergebnis keinen Einfluss hatten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die erforderliche Mehrheit auch noch nach Abzug fälschlich mitgezählter Stimmen erreicht wird.³⁸¹

cc. Zwischenergebnis

Der Relevanztheorie ist auch für Beschlüsse des stiftungsinternen Aufsichtsorgans zu folgen.³⁸² Anders als der generell auf eine hypothetische Kausalität abstellende Ansatz ermöglicht sie differenzierte, den Interessen der Beteiligten auch im Einzelfall entsprechende Ergebnisse.

b. Materielle Fehler

Materiell fehlerhaft ist ein Beschluss, der seinem Inhalt nach gegen das Gesetz oder die Stiftungssatzung verstößt, insbesondere den (mutmaßlichen) Stifterwillen missachtet. Anders als die Verletzung von Verfahrensvorschriften führen materielle Fehler stets zur Fehlerhaftigkeit des Beschlusses.³⁸³

aa. Verbandsrecht

Ob ein Entlastungsbeschluss materiell fehlerhaft sein kann, wird unterschiedlich eingeschätzt. Die Beantwortung dieser Streitfrage hängt

unmittelbar davon ab, welcher Inhalt dem Entlastungsbeschluss zugeschrieben wird.

(1.) Geht man mit der früher im Aktienrecht herrschenden Meinung davon aus, dass ein Entlastungsbeschluss allein Aussagen zur Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung und zum Vertrauen in die künftige Tätigkeit enthält, kann er grundsätzlich nicht als materiell fehlerhaft gerügt werden.³⁸⁴ Weder die Frage des Bestehens von Vertrauen als innere Tatsache noch das im Wesentlichen subjektiv geprägte Zweckmäßigkeitsurteil sind einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich. Es kann nicht vorgebracht werden, dass die Entlastung inhaltlich zu Unrecht erteilt wurde.

Dies mag allenfalls dann anders sein, wenn die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung ausnahmsweise offen mit gänzlich absurden und unsachlichen Argumenten begründet wird. Im Gegensatz zur Frage nach dem Vertrauen besteht beim Zweckmäßigkeitsurteil wohl kein völlig freies Ermessen, sondern es ist das Willkürverbot zu beachten. Da es aber keine Pflicht zur Begründung der Entlastungsentscheidung gibt,³⁸⁵ werden die Fälle willkürlicher Entlastungserteilung in der Praxis kaum nachweisbar sein. Es bleibt dabei, dass die Fehlerhaftigkeit grundsätzlich auch nicht damit begründet werden kann, dass die Zweckmäßigkeit falsch beurteilt wurde.

(2.) Dieses Bild ändert sich, wenn man im Einklang mit der heute herrschenden Meinung rechtsformübergreifend auch die Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung zum Prüfungsmaßstab bei der Entlastungsentscheidung erhebt.³⁸⁶ Anders als ein Zweckmäßigkeitsurteil ist eine Einschätzung zur Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung sehr wohl gerichtlich überprüfbar. Es kann vorgebracht werden, dass das Geschäftsführungsorgan Pflichtverletzungen begangen hat und die Entlastung deshalb nicht hätte erteilt werden dürfen.

Allerdings soll auch nach herrschender Meinung nicht jede Pflichtverletzung dazu führen, dass die Entlastung versagt werden muss. Entlastung ist die Billigung der Geschäftsführung als „im Großen und Ganzen“ recht- und zweckmäßig.³⁸⁷ Der Mitgliederversammlung wird

zwar kein freies, wohl aber ein breites Ermessen eingeräumt. Dieses findet seine Grenze erst in der mitgliedschaftlichen Treuepflicht.³⁸⁸ Hat das Geschäftsführungsorgan schwerwiegende Gesetzes- oder Satzungsverstöße begangen, folgt aus dieser Treuepflicht, dass überstimmte Verbandsmitglieder die Möglichkeit haben müssen, den Entlastungsbeschluss als materiell fehlerhaft zu rügen. Auch unter den Anhängern der herrschenden Meinung ist allerdings nicht abschließend geklärt, welche Intensität der Rechtsverstoß haben muss, um in diesem Sinne als „schwerwiegend“ zu gelten.³⁸⁹ Strafbare Handlungen des Geschäftsführungsorgans sollen regelmäßig darunter fallen.³⁹⁰ Im Übrigen ist darauf abzustellen, ob die Billigung der Geschäftsführung angesichts der Pflichtverletzungen noch vertretbar erscheint. Dabei sind die Häufigkeit, Intensität und Folgen der Pflichtverletzungen zu berücksichtigen.³⁹¹

Klarzustellen ist jedoch, dass die aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht herzuleitenden Beschränkungen dann nicht eingreifen, wenn sich sämtliche Verbandsmitglieder über die Entlastungserteilung einig sind. In diesem Fall bleibt es beim allgemeinen Grundsatz, dass die Mitgliederversammlung als oberstes Verbandsorgan den Verbandswillen frei festlegen kann. Im allseitigen Einvernehmen kann die Entlastung deshalb auch bei Vorliegen schwerwiegender Pflichtverletzungen erteilt werden.

bb. Selbstständige Stiftungen

(1.) Allgemeine Grundsätze

Im Recht der selbstständigen Stiftung ist die Ausgangslage wegen der Bindung des Aufsichtsorgans an den (mutmaßlichen) Stifterwillen hingegen eine andere. Es wurde bereits dargelegt, unter welchen Voraussetzungen in Anbetracht dieser Pflichtenbindung Entlastung erteilt werden darf.³⁹² Für die Frage, wann ein Entlastungsbeschluss als materiell fehlerhaft anzusehen ist, bedeutet dies Folgendes:

Bei der im Rahmen der Beurteilung der Geschäftsführung

vorzunehmenden Gesamtabwägung ist dem Aufsichtsorgan notwendiger Weise ein Beurteilungsspielraum einzuräumen. Maßstab ist, ob die Einschätzung im Hinblick auf den (mutmaßlichen) Stifterwillen vertretbar ist.

Die materielle Fehlerhaftigkeit kann grundsätzlich nicht damit begründet werden, dass die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung falsch eingeschätzt worden ist. Wie vorstehend dargelegt,³⁹³ entzieht sich das Zweckmäßigkeitsurteil regelmäßig einer gerichtlichen Überprüfung. Die Grenze zur Willkür ist nur dann überschritten, wenn die Zweckmäßigkeit ausnahmsweise offen mit gänzlich absurden Argumenten begründet wird.

Hat der Stiftungsvorstand Pflichtverletzungen begangen, ist die gleichwohl erteilte Entlastung nicht automatisch fehlerhaft. Es ist allerdings zu beachten, dass der (mutmaßliche) Stifterwille bei Vorliegen von Pflichtverletzungen regelmäßig dahin gehen wird, die Entlastung zu verweigern. Anders als nach der herrschenden Meinung im Verbandsrecht ist die gleichwohl erteilte Entlastung nicht erst dann materiell fehlerhaft, wenn die Pflichtverletzungen schwerwiegend sind, sondern grundsätzlich schon dann, wenn sie nicht nur unerheblich sind. Der strengere Maßstab ist geboten, weil das Aufsichtsorgan bei der selbstständigen Stiftung nicht wie beim Verband aus eigenem, sondern aus dem Stifterwillen abgeleitetem Recht urteilt. Sind die Pflichtverletzungen mehr als unerheblich, darf eine Entlastung nur erteilt werden, wenn gewichtige Gründe dies rechtfertigen. Dies können besonders lobenswerte sonstige Leistungen des Stiftungsvorstands sein aber auch Nachteile, die sich aus einer Entlastungsverweigerung für die Stiftung ergeben würden. Wie bereits ausgeführt wurde, ist dies jedoch nur in Ausnahmefällen denkbar. Werden diese Grundsätze nicht beachtet, ist die Entlastung materiell fehlerhaft.³⁹⁴

(2.) Besonderheiten bei einstimmigen Entlastungsbeschlüssen?

Ein wesentlicher Unterschied zum Verbandsrecht besteht darin, dass sich die Beteiligten bei der selbstständigen Stiftung auch nicht einvernehmlich über die vorstehend dargestellten Grundsätze hinwegsetzen können. Dies folgt unmittelbar aus der Bindung aller Stiftungsorgane an den extern

vorgegebenen und ihrer Disposition entzogenen Stifterwillen. Die unter Missachtung der vorgenannten Grundsätze erteilte Entlastung ist deshalb auch dann fehlerhaft, wenn alle Beteiligten dem Beschluss zugestimmt haben.

2. Rechtsfolgen fehlerhafter Entlastungsbeschlüsse

a. Überblick über den Streitstand

Eine umfassende gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse findet sich allein in den §§ 241 ff. AktG für Beschlüsse der Hauptversammlung.³⁹⁵ Im Vereins- und Stiftungsrecht sind die Rechtsfolgen – abgesehen von § 32 Abs. 1 Satz 2 BGB (i.V.m. §§ 28 Abs. 1, 86 Satz 1 BGB) – ungeregt geblieben. Gleiches gilt für das GmbH-Recht und allgemein für Beschlüsse pflichtengebundener Organe. Soweit gesetzliche Regelungen fehlen, ist umstritten, welche Rechtsfolgen sich aus fehlerhaften Beschlüssen ergeben. Dies hat auch Einfluss auf die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen solche Beschlüsse. Im Wesentlichen lassen sich die folgenden Ansichten unterscheiden:

– Im Vereins-³⁹⁶ und Personengesellschaftsrecht³⁹⁷ sowie bei Beschlüssen pflichtengebundener Organe³⁹⁸ führt die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses nach herrschender Meinung stets zu seiner Nichtigkeit. Lediglich bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer GmbH³⁹⁹ und der Generalversammlung einer Genossenschaft⁴⁰⁰ sollen die §§ 241 ff. AktG mit ihrer Unterscheidung zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen im Grundsatz entsprechend gelten.⁴⁰¹

– Nach anderer Meinung sollen die §§ 241 ff. AktG auf alle Beschlüsse analog angewendet werden, soweit keine rechtsform- oder organspezifischen Besonderheiten bestehen, die eine abweichende Behandlung gebieten.⁴⁰²

– Schließlich wird auch vertreten, dass zwar – wie bei den §§ 241 ff. AktG – zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen zu differenzieren

sei. Bei anfechtbaren Beschlüssen bedürfe es einer Anfechtungsklage jedoch nicht, vielmehr reiche eine einfache Anfechtungserklärung aus, um analog § 241 Nr. 5 AktG die Nichtigkeit des Beschlusses herbeizuführen.⁴⁰³

Im Stiftungsrecht sind die Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse bisher allenfalls am Rande angesprochen worden. Dabei wird herkömmlicherweise davon ausgegangen, dass fehlerhafte Beschlüsse nichtig sind.⁴⁰⁴ Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Für und Wider des Nichtigkeitsdogmas bzw. einer entsprechenden Anwendung der §§ 241 ff. AktG findet jedoch kaum statt. Auch der BGH begründet die Nichtigkeitsfolge allein mit dem Hinweis auf die Rechtslage im Vereinsrecht.⁴⁰⁵ In jüngster Zeit ist das Nichtigkeitsdogma jedoch auch im Stiftungsrecht in Frage gestellt worden. So geht *O. Werner* – allerdings ohne Begründung – davon aus, dass rechtswidrige Beschlüsse nicht automatisch nichtig, sondern bloß anfechtbar sind.⁴⁰⁶ Zum Teil wird auch eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG propagiert.⁴⁰⁷ *Hoffmann*⁴⁰⁸ will schließlich zwischen Mängeln unterscheiden, die zur Nichtigkeit des Beschlusses führen, und solchen, die lediglich dessen Vernichtbarkeit begründen. Materiell fehlerhafte Beschlüsse seien jedenfalls wegen Überschreitung der Organkompetenz nichtig. Bei formell fehlerhaften Beschlüssen sei hingegen zu differenzieren. Sie seien dann nichtig, wenn ein Formverstoß i.S.d. § 125 BGB vorliege oder sie unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften zustande gekommen seien, die nicht zur Disposition der Organmitglieder stünden. Werde hingegen gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, auf deren Einhaltung die Organmitglieder hätten verzichten können, sei der Beschluss wirksam, aber durch Widerspruch vernichtbar. Einer gerichtlichen Geltendmachung analog § 246 AktG bedürfe es nicht.

b. Stellungnahme

Der hier nur schlagwortartig dargestellte Streit um die Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse kann im Rahmen dieser Arbeit nicht umfassend entschieden werden. Es wäre anhand verschiedener Beschlussszenarien im Einzelnen zu untersuchen, ob und in welchem Umfang eine Abkehr vom

Nichtigkeitsdogma angezeigt ist und ob die dafür angeführten Begründungen dogmatisch überzeugen können. In Bezug auf fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse ist jedoch anzumerken, dass bei solchen Rechtsformen, bei denen eine Präklusionswirkung im Grundsatz anerkannt wird, zwingend zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen zu unterscheiden ist. So wurde bereits dargelegt,⁴⁰⁹ dass die Entlastung ihre Abschlussfunktion nur dann erfüllen kann, wenn zumindest in einem gewissen Maße auch fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse Präklusionswirkungen entfalten können. Wäre ein fehlerhafter Beschluss stets nichtig und könnte er deshalb auch keine Sanktionen präkludieren, wäre der Gewinn an Rechtssicherheit für die Beteiligten minimal. Denn die Frage, ob der Entlastungsbeschluss fehlerfrei war, ist kaum leichter zu beantworten als die Vorfrage, ob das Geschäftsführungsorgan Pflichtverletzungen begangen hat.

Bei der selbstständigen Stiftung greift dieses Argument hingegen nicht ein. Der Entlastungsbeschluss kann hier wegen des Vorbehalts staatlicher Stiftungsaufsicht von vornherein keine Präklusionswirkungen entfalten. Damit kann eine Unterscheidung zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen aber auch nicht mit der Abschlussfunktion der Entlastung begründet werden. Auch sonstige Gründe, die speziell beim Entlastungsbeschluss eine solche Unterscheidung gebieten würden, sind nicht ersichtlich. Für die folgende Darstellung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse soll deshalb die bisher herrschende Meinung im Stiftungsrecht zugrunde gelegt werden, wonach fehlerhafte Beschlüsse stets nichtig sind.

3. Rechtsschutz gegen fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse

Ist ein fehlerhafter Beschluss nicht bloß anfechtbar, sondern von vornherein nichtig, ist das statthafte Rechtsmittel die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Entlastungsbeschlusses gemäß § 256 Abs. 1 ZPO.⁴¹⁰ Die Bedeutung solcher Klagen ist nicht zu vernachlässigen. Wo die Entlastung keine Präklusionswirkungen entfaltet, sind sie die einzige Möglichkeit, die Entlastungsentscheidung überprüfen zu lassen. Bei den Verbänden, für die eine Präklusionswirkung anerkannt ist, erfolgt die

Kontrolle der Entlastungsbeschlüsse hingegen häufiger inzident im Rahmen von Schadenersatz- oder Kündigungsschutzprozessen. Dort stellt sich die Frage, ob die verhängte Sanktion infolge einer wirksam erteilten Entlastung präkludiert sein könnte.

a. Richtiger Beklagter

Richtiger Beklagter ist dabei die Stiftung selbst, nicht etwa das Aufsichtsorgan, das den Beschluss gefasst hat, oder dessen Mitglieder. Der Stiftung sind die Beschlüsse ihrer Organe zuzurechnen.⁴¹¹

b. Feststellungsinteresse

Die Feststellungsklage ist nur zulässig, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses hat. Durch dieses Erfordernis wird der Kreis möglicher Kläger erheblich eingeschränkt.

aa. Mitglieder des Aufsichtsorgans

Als Kläger kommen zuvorderst die überstimmten Mitglieder des Aufsichtsorgans in Betracht. In der – soweit ersichtlich – einzigen dazu ergangenen Entscheidung hat der BGH allerdings ausgeführt, dass ein Feststellungsinteresse nur dann bestehe, wenn der Beschluss die organisationsrechtliche Stellung des überstimmten Organmitglieds berühre, namentlich dessen organschaftlichen Rechte verletze. Eine allgemeine Befugnis der Organmitglieder, die gegen ihre Stimmen gefassten Beschlüsse im eigenen Namen gerichtlich überprüfen zu lassen, sei dem Stiftungsrecht fremd.⁴¹²

Die Ansicht des BGH ist jedoch abzulehnen. Wie bereits ausgeführt wurde,⁴¹³ tragen alle Organmitglieder eine Gesamtverantwortung dafür, dass das Organ rechtmäßig agiert. Damit wäre es nicht vereinbar, wenn ein Organmitglied keine Möglichkeit hätte, die Nichtigkeit eines Beschlusses gerichtlich feststellen zu lassen.⁴¹⁴ Für Beschlüsse des Aufsichtsrats einer

Aktiengesellschaft erkennt dies auch der BGH an und lässt Klagen von Aufsichtsratsmitgliedern auf Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse ohne weiteres zu.⁴¹⁵ Warum dies bei der Stiftung anders sein soll, ist nicht ersichtlich und wird vom BGH auch nicht näher begründet. Gerade bei der Stiftung besteht vielmehr ein besonderes Bedürfnis nach einer wirksamen Kontrolle des Organhandelns. *Burgard*⁴¹⁶ weist zu Recht darauf hin, dass die Stiftung zwar einen Anspruch auf rechtmäßiges Verhalten ihrer Organe hat. Anders als bei den Verbänden fehlen aber Mitglieder, die diesen Anspruch durchsetzen können. In letzter Konsequenz bleibt nur die staatliche Stiftungsbehörde, die einschreiten könnte. Einen Anspruch auf aufsichtsrechtliche Maßnahmen hat aber allenfalls die Stiftung selbst, nicht hingegen ein einzelnes Organmitglied. Die Organmitglieder werden regelmäßig auch nicht über die Vertretungsmacht verfügen, den Anspruch im Namen der Stiftung geltend zu machen. Lehnt die Stiftungsbehörde ein Einschreiten ab, sind deshalb Fälle denkbar, in denen der rechtswidrige Zustand endgültig fortbestünde. Dies ist mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Stiftung und des Stifterwillens nicht vereinbar. Überstimmte Mitglieder eines Stiftungsorgans haben deshalb grundsätzlich ein berechtigtes Interesse, die Nichtigkeit des Beschlusses gerichtlich feststellen zu lassen.

Dies hat in gleicher Weise für den Entlastungsbeschluss zu gelten, obwohl dieser keine Präklusionswirkungen entfaltet und deshalb nach außen keine unmittelbaren Rechtsfolgen hat. Zum einen ist auch hier die Gesamtverantwortung aller Mitglieder des Aufsichtsorgans für ein rechtmäßiges Organhandeln zu beachten. Dieses Argument ist nicht daran gebunden, dass der Beschluss unmittelbare Rechtsfolgen auslöst. Zum anderen setzt die mit der Entlastung ausgesprochene Billigung der Geschäftsführung einen Anreiz für den Stiftungsvorstand, die Geschäftsführung in der bisherigen Weise fortzusetzen. Jedenfalls dann, wenn die Entlastung nicht nur aus formellen, sondern auch aus materiellen Gründen fehlerhaft ist, steht dies im Widerspruch zum Stifterwillen. Es muss deshalb für die Organmitglieder eine Möglichkeit geben, diesen Anreiz wieder zu beseitigen.

bb. Mitglieder des Vorstands

Es ist kaum vorstellbar, dass ein Vorstandsmitglied die Nichtigkeit seiner eigenen Entlastung feststellen lassen will. Besteht der Stiftungsvorstand hingegen aus mehreren Personen und ist diesen jeweils einzeln Entlastung erteilt worden, sind durchaus Fälle denkbar, in denen ein Vorstandsmitglied gegen die Entlastung seines Kollegen vorgehen will. Auch hier ergibt sich das Feststellungsinteresse aus der Bindung an den Stifterwillen. Nicht nur den Mitgliedern des Aufsichtsorgans, sondern auch den Vorstandsmitgliedern muss es im Interesse einer effektiven Verwirklichung des Stifterwillens möglich sein, den durch einen rechtswidrigen Entlastungsbeschluss gesetzten Anreiz wieder gerichtlich beseitigen zu lassen.

cc. Dritte Personen

Externe Personen haben demgegenüber ganz regelmäßig kein berechtigtes Interesse, die Nichtigkeit des Entlastungsbeschlusses feststellen zu lassen. Dies gilt auch für die Stiftungsdestinatäre und den Stifter. Beide stehen zwar in einer besonderen Nähebeziehung zur Stiftung. Diese ist aber nicht ausreichend, um das von § 256 Abs. 1 ZPO geforderte rechtliche Interesse an der Feststellung zu begründen. Beim Stifter beschränkt sich das Interesse regelmäßig auf ein rein ideelles, nicht von § 256 Abs. 1 ZPO erfasstes Interesse an der Fortentwicklung „seiner“ Stiftung.⁴¹⁷ Das Interesse des Stiftungsdestinatärs an rechtmäßigen Entlastungsbeschlüssen ist demgegenüber ein lediglich mittelbares. Durch fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse werden die falschen Anreize für die Geschäftsführung gesetzt, was sich mittelfristig negativ auf die Vermögenslage der Stiftung und deren Leistungen an die Destinatäre auswirken kann. Die Befugnis, gegen rechtswidrige Entlastungsbeschlüsse vorzugehen, kann daraus aber nicht abgeleitet werden.⁴¹⁸

Dem Stifter bleibt es jedoch unbenommen, in der Stiftungssatzung auch dritten Personen eine Klagebefugnis zur Feststellung der Nichtigkeit von Organbeschlüssen einzuräumen.⁴¹⁹

c. Urteilswirkung

Nach allgemeinen Regeln würde das die Nichtigkeit des Beschlusses feststellende Urteil nur für und gegen die Prozessparteien wirken (§ 325 ZPO). Dritte Personen wären an das Urteil nicht gebunden. Dies würde allerdings dem Ziel, endgültig Rechtssicherheit über die Beschlusslage zu erzielen, nicht gerecht werden.⁴²⁰ § 248 AktG ordnet deshalb an, dass das Urteil auch gegenüber allen anderen Klagebefugten in Rechtskraft erwächst. Dabei handelt es sich um einen für alle Beschlussmängelstreitigkeiten verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken,⁴²¹ so dass § 248 AktG auch im Recht der selbstständigen Stiftung angewendet werden kann.⁴²² Nur für klagabweisende Urteile bleibt es bei der Wirkung *inter partes*.⁴²³

4. Aufsichtsrechte der Stiftungsbehörden

Den Stiftungsbehörden stehen gegen fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse die allgemeinen Aufsichtsrechte zu. Sie sind insbesondere befugt, den fehlerhaften Beschluss zu beanstanden und dessen Aufhebung zu verlangen. Der Umstand, dass der fehlerhafte Beschluss nichtig ist und damit keine Rechtswirkungen entfaltet, steht dem nicht entgegen. Solange der Beschluss nicht aufgehoben worden ist, existiert der Rechtsschein eines wirksamen Beschlusses, den es im Interesse der Stiftung zu beseitigen gilt.

Die förmliche Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses ist den Stiftungsbehörden hingegen verwehrt. Insoweit fehlt es schon an einer Befugnis in den Landesstiftungsgesetzen. Die Feststellung der Nichtigkeit ist allein den Zivilgerichten vorbehalten.⁴²⁴

III. Entlastungsverweigerung

Wird einem Stiftungsvorstand die Entlastung verweigert, ist dies für ihn mit einem erheblichen Ansehensverlust verbunden. Dies betrifft nicht nur das Ansehen innerhalb der Stiftung, sondern auch nach außen. Der Stiftungsvorstand hat deshalb ein Interesse, sich gegen eine seiner Meinung nach ungerechtfertigte Entlastungsverweigerung wehren zu

können. Ob es einen durchsetzbaren Anspruch auf Entlastung gibt und über welche sonstigen Abwehr- bzw. Reaktionsmöglichkeiten der Betroffene verfügt, ist stark umstritten. Auch die Antwort auf diese Fragen hängt entscheidend davon ab, welcher Inhalt dem Entlastungsbeschluss beigemessen wird.

1. Reaktionsmöglichkeiten des Stiftungsvorstands

a. Leistungsklage gerichtet auf Erteilung der Entlastung

aa. Verbandsrecht

Jedenfalls bei solchen Verbänden, bei denen die Entlastung Präklusionswirkungen entfaltet,⁴²⁵ entsprach es lange Zeit der herrschenden Meinung, dass die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans einen mit einer Leistungsklage durchsetzbaren Anspruch auf Entlastung haben können.⁴²⁶ Zum Teil wird diese Ansicht auch noch heute vertreten.⁴²⁷ Dem liegt die Prämisse zu Grunde, dass bei der Entlastung allein die Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung geprüft wird.⁴²⁸ Die Leistungsklage soll danach begründet sein, wenn das Geschäftsführungsorgan alle für die Entlastungsentscheidung relevanten Unterlagen vorgelegt hat⁴²⁹ und die Geschäftsführung rechtmäßig war.⁴³⁰ Das rechtskräftige, der Klage stattgebende Urteil soll dann nach § 894 ZPO die Entlastung ersetzen.⁴³¹

Auf der Grundlage des hier vertretenen Ansatzes, wonach Prüfungsmaßstab bei der Entlastungsentscheidung nicht nur die Recht-, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung ist, kann es demgegenüber auch bei einer vollständig rechtmäßigen Geschäftsführung keinen gebundenen Anspruch auf Entlastung geben. Ein solcher Anspruch würde nämlich voraussetzen, dass die einzig rechtmäßige Entscheidungsalternative die Erteilung der Entlastung ist.⁴³² Das Ermessen des Entlastungsorgans müsste auf Null reduziert sein. Dies ist bei einer so subjektiv geprägten Frage wie die der Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung aber nicht denkbar. Zu Recht weist auch der BGH darauf hin, dass dem Entlastungsorgan bei der Beurteilung der

Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung eine breite Spanne des Ermessens zusteht, die es ihm erlaubt, die Entlastung zu erteilen oder zu verweigern, ohne gegen das Gesetz zu verstoßen. Das Geschäftsführungsorgan hat deshalb auch keine Möglichkeit, die innerhalb des Ermessens liegende Versagung gerichtlich nachprüfen zu lassen.⁴³³

Ein gebundener Anspruch auf Entlastung entsteht auch nicht dadurch, dass die Entlastungsverweigerung offen mit gänzlich unsachlichen Argumenten begründet wird, sie also willkürlich erfolgt. Zwar überschreitet das Entlastungsorgan in diesen Fällen die Grenzen seines Ermessens. Aus der Fehlerhaftigkeit der Verweigerung folgt jedoch umgekehrt kein gebundener Anspruch auf Entlastung. Das Geschäftsführungsorgan hat hier nur zwei Möglichkeiten zu reagieren: Zum einen kann es die Fehlerhaftigkeit der Verweigerung gerichtlich feststellen lassen (dazu sogleich unter lit. b.⁴³⁴). Zum anderen ist ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neuentscheidung denkbar. Ein solcher Anspruch lässt sich aus dem Organverhältnis und einem etwaigen Anstellungsvertrag herleiten. Daraus ergibt sich nämlich für den Verband die Pflicht, seinen Organmitgliedern keine Schäden zuzufügen. Wegen des damit verbundenen erheblichen Ansehensverlustes beinhaltet dies auch das Verbot, die Entlastung zu Unrecht zu verweigern.⁴³⁵ Mit diesen Pflichten des Verbands korrespondieren richtiger Weise entsprechende Ansprüche der Organmitglieder, so dass diese im Fall einer fehlerhaften Entlastungsverweigerung berechtigt sind, eine neue Abstimmung über die Entlastung zu verlangen. Ein solcher Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neuentscheidung darf aber keinesfalls überbewertet werden. Weil das breite Ermessen des Entlastungsorgans auch bei der Neuentscheidung besteht, ist er für das betroffene Geschäftsführungsorgan letztlich ohne echten Wert, um das eigentliche Ziel – nämlich eine positive Entlastungsentscheidung – zu erreichen. Zudem wird schon der Nachweis, dass die Entlastungsverweigerung fehlerhaft war, in der Praxis nur äußerst selten gelingen, weil es keine Pflicht gibt, die Entlastungsentscheidung zu begründen.

Ein gebundener Anspruch auf Entlastung muss schließlich erst recht auch dann ausscheiden, wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung,

aber im Einklang mit der nunmehr herrschenden Meinung – davon ausgeht, dass Gegenstand des Entlastungsbeschlusses nicht nur das Urteil über die Recht- und Zweckmäßigkeit, sondern regelmäßig auch das Vertrauen in die künftige Tätigkeit des Geschäftsführungsorgans ist. Zum einen gelten die vorstehend dargestellten, aus der Prüfung der Zweckmäßigkeit resultierenden Einwände in gleicher Weise auch hier. Darüber hinaus kann es aber wegen der Aussage auch zum Vertrauen in die künftige Tätigkeit noch nicht einmal einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neuentscheidung geben. Die Frage, ob Vertrauen besteht, entzieht sich nämlich als innere Tatsache jeder gerichtlichen Überprüfung. Sie steht im freien Ermessen des Aufsichtsorgans. Zum Vertrauen kann man nicht gezwungen werden.⁴³⁶ Ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neuentscheidung ist auf der Grundlage der herrschenden Meinung allein dann denkbar, wenn das Vertrauen in die künftige Tätigkeit ausnahmsweise doch nicht Gegenstand der Entlastungsentscheidung ist. Dies ist etwa bei der Entlastung bereits ausgeschiedener oder aufgrund eines Entsenderechts bestellter Organmitglieder der Fall.⁴³⁷

bb. Selbstständige Stiftungen

Die vorstehend getroffene Feststellung, dass es einen gebundenen Anspruch auf Entlastungserteilung nicht geben kann, gilt nicht nur für das Verbandsrecht, sondern auch für das Recht der selbstständigen Stiftungen. Wie bereits erläutert wurde, folgt aus der Bindung an den (mutmaßlichen) Stifterwillen nicht etwa, dass dem stiftungsinternen Aufsichtsorgan kein Ermessen bei der Entlastungserteilung zustünde. In Bezug auf die Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Stiftungsvorstands gelten vielmehr die gleichen Grundsätze wie im Verbandsrecht.

b. Klage gerichtet auf die Feststellung der Nichtigkeit des Verweigerungsbeschlusses

Gibt es keinen mit einer Leistungsklage durchsetzbaren gebundenen Anspruch auf Entlastung, ist es aus Sicht des Stiftungsvorstands nahe

liegend, den seiner Meinung nach ungerechtfertigten Verweigerungsbeschluss selbst anzugreifen. Einer solchen Klage kommt letztlich aber nur eine geringe praktische Bedeutung zu.

aa. Unterschiedliche Arten der Entlastungsverweigerung

Zunächst ist zu beachten, dass es zwei Möglichkeiten gibt, die Entlastung zu verweigern.⁴³⁸ Ganz regelmäßig geschieht dies in der Weise, dass ein Antrag auf positive Entlastungserteilung zur Abstimmung gestellt wird, dieser jedoch nicht die erforderliche Mehrheit findet und damit abgelehnt wird. In diesem Fall ist ein Beschluss aber gar nicht zustande gekommen. Es gibt folglich auch nichts, was angegriffen werden könnte. Dem betroffenen Stiftungsvorstand bleibt allein die Möglichkeit, einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neuentscheidung nach Maßgabe der Ausführungen unter lit. a. geltend zu machen.

Anders ist dies hingegen, wenn ausnahmsweise direkt beantragt wird, einem Vorstandsmitglied die Entlastung zu verweigern, und dieser Antrag angenommen wird. Ein solcher ausdrücklicher Verweigerungsbeschluss kann gerichtlich angegriffen werden.

bb. Nichtigkeit des Verweigerungsbeschlusses

Auf der Grundlage der hergebrachten Ansicht, nach der im Stiftungsrecht die Fehlerhaftigkeit eines Beschlusses zu dessen Nichtigkeit führt,⁴³⁹ können formelle und materielle Mängel des ausdrücklichen Verweigerungsbeschlusses mittels einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses geltend gemacht werden (§ 256 Abs. 1 ZPO). Richtiger Weise ist wegen des mit der Entlastungsverweigerung verbundenen Ansehensverlustes auch das Feststellungsinteresse des betroffenen Vorstandsmitglieds zu bejahen.⁴⁴⁰ Das Feststellungsinteresse entfällt auch nicht wegen des Grundsatzes der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage.⁴⁴¹ Dies wäre nur dann zu erwägen, wenn es – entgegen der hier vertretenen Ansicht – einen mit einer Leistungsklage durchsetzbaren gebundenen Anspruch auf Entlastung gäbe. In diesem Fall würde das dem betroffenen Stiftungsvorstand

anhaftende Stigma der Entlastungsverweigerung unmittelbar durch das stattgebende Leistungsurteil beseitigt werden können. Gibt es hingegen allenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neuentscheidung, führt die Leistungsklage nicht automatisch zur Entlastungserteilung. Das Stigma der Entlastungsverweigerung bliebe endgültig bestehen. Vor diesem Hintergrund muss es dem betroffenen Stiftungsvorstand möglich sein, die Nichtigkeit des Verweigerungsbeschlusses unabhängig von der Geltendmachung des Anspruchs auf Neuentscheidung feststellen zu lassen.

Wann ein Verweigerungsbeschluss inhaltlich fehlerhaft und damit nichtig ist, richtet sich wiederum nach dem Inhalt des positiven Entlastungsbeschlusses. Versteht man mit der hier vertretenen Ansicht unter Entlastung allein die Billigung der Geschäftsführung als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig, ist dies dann der Fall, wenn die Geschäftsführung rechtmäßig war und die Grenzen des Ermessens bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit überschritten wurden. Letzteres setzt – wie schon erläutert⁴⁴² – voraus, dass die fehlende Zweckmäßigkeit offen mit gänzlich unsachlichen Argumenten begründet wird, d.h. die Verweigerung willkürlich erfolgt.⁴⁴³ Auch hier ist jedoch anzumerken, dass wegen der fehlenden Pflicht zur Begründung der Entlastungsentscheidung der Nachweis einer willkürlichen Entlastungsverweigerung in der Praxis kaum möglich sein wird.

c. Klage gerichtet auf die Feststellung, dass keine Schadenersatzansprüche bestehen

Schon nach allgemeinen Regeln hat ein Mitglied eines Geschäftsführungsorgans die Möglichkeit, gerichtlich feststellen zu lassen, dass dem Verband bzw. der Stiftung keine Schadenersatzansprüche wegen pflichtwidriger Geschäftsführung gegen ihn zustehen (negative Feststellungsklage, § 256 Abs. 1 ZPO). Die Klage ist jedoch nur zulässig, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung darlegen kann. Nach allgemeinen Regeln setzt dies voraus, dass sich der Beklagte Schadenersatzansprüche gegen den Kläger berühmt hat.⁴⁴⁴ Strittig ist, ob diese Anforderungen auch dann gelten, wenn dem Kläger zuvor die Entlastung verweigert worden ist, oder die negative Feststellungsklage in

diesem Fall unter erleichterten Voraussetzungen zulässig ist.

aa. Feststellungsinteresse schon bei bloßer Entlastungsverweigerung?

Zum Teil wird vertreten, dass sich das Feststellungsinteresse hier schon aus der bloßen Verweigerung der Entlastung und der damit verbundenen Diskriminierung und Ansehens-schmälerung ergebe.⁴⁴⁵ Es sei nicht erforderlich, dass sich der Verband bzw. die Stiftung konkreter Ansprüche berühme.⁴⁴⁶ Wenn der Vorstand schon nicht die Möglichkeit habe, die Entlastung selbst zu verlangen, müsse er im Interesse der Rechtssicherheit jedenfalls feststellen lassen können, dass sich aus den in Erfüllung der Rechenschaftspflichten vorgelegten Unterlagen keine Schadenersatzansprüche ergeben. Diese Rechtsschutzmöglichkeit sei auch aus Gründen der Gleichbehandlung geboten: Wenn überstimmte Mitglieder des Entlastungsorgans eine erteilte Entlastung unter Hinweis auf schwer wiegende Pflichtverletzungen zu Fall bringen könnten, müsse bei einer Entlastungsverweigerung auch das zu entlastende Organmitglied die Möglichkeit haben, die Ordnungsmäßigkeit seiner Geschäftsführung feststellen zu lassen.⁴⁴⁷

bb. Feststellungsinteresse nur bei Berühmten konkreter
Schadenersatzansprüche

Die besseren Argumente sprechen indes dafür, die Feststellungsklage auch im Fall der Entlastungsverweigerung nur unter den allgemeinen Voraussetzungen zuzulassen. Zunächst ist zu beachten, dass die Gegenansicht die Entlastungsverweigerung zu stark mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verknüpft.⁴⁴⁸ Die Entlastungsverweigerung beinhaltet gerade nicht automatisch den Vorwurf von Pflichtverletzungen. Vielmehr kann auch eine abweichende Einschätzung zur Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Stiftungsvorstands Grund für die Entlastungsverweigerung sein. Warum dann das betroffene Mitglied des Stiftungsvorstands berechtigt sein soll, die Stiftung mit einer negativen Feststellungsklage zur Frage des Bestehens von Schadenersatzansprüchen zu überziehen, wenn solche gar nicht geltend gemacht werden, vermag nicht einzuleuchten.

Auch das Argument, dass die rechtskräftige Feststellung des Nichtbestehens von Schadenersatzansprüchen im Interesse der Rechtssicherheit geboten sei, kann jedenfalls dort nicht überzeugen, wo – wie im Recht der selbstständigen Stiftungen – die Entlastung keine Präklusionswirkungen entfalten kann. Wenn schon die positive Entlastungsentscheidung keine Rechtssicherheit schaffen kann, ist nicht ersichtlich, warum ein Organmitglied sie im Fall der Entlastungsverweigerung erzwingen können soll, ohne dass überhaupt Schadenersatzansprüche vorgebracht wurden.

Aus dem Vorstehenden folgt, dass auch im Fall der Entlastungsverweigerung eine negative Feststellungsklage nur dann zulässig ist, wenn sich die Stiftung Schadenersatzansprüche berührt hat. Die Entlastungsverweigerung als solche reicht nicht aus, um das Feststellungsinteresse zu begründen.

Fraglich ist aber weiter, welche Anforderungen an das Berühren von Ansprüchen zu stellen sind. Zum Teil wird vertreten, dass das Feststellungsinteresse schon dann zu bejahen sei, wenn die Entlastungsverweigerung mit der pauschalen, nicht näher substantiierten Behauptung von Schadenersatzansprüchen begründet worden ist.⁴⁴⁹ Führt man sich vor Augen, dass das Erfordernis des Berühmens von Ansprüchen bei der negativen Feststellungsklage auch zu einer Eingrenzung des Streitstoffs und einer Entlastung der Gerichte beitragen soll,⁴⁵⁰ kann dem nicht gefolgt werden. Sind Schadenersatzansprüche lediglich pauschal behauptet worden, wären im Rahmen der negativen Feststellungsklage sämtliche Geschäftsführungsmaßnahmen in der Entlastungsperiode darauf hin zu überprüfen, ob sie pflichtwidrig waren und eventuell Schadenersatzansprüche begründen. Ein derart ausufernder Streitstoff ist den Beteiligten kaum zumutbar.⁴⁵¹ Das Feststellungsinteresse liegt vielmehr nur dann vor, wenn sich die Stiftung konkreter Ansprüche berührt hat.⁴⁵² Es muss zumindest deutlich werden, in Bezug auf welche Geschäftsführungsmaßnahmen die Haftung bestehen soll. Nicht erforderlich ist hingegen, dass genau bezifferte Ansprüche schon rechtlich geltend gemacht worden sind.

d. Auskunftsanspruch, ob die Stiftung dem Vorstand Pflichtverletzungen vorwirft

*Ahrens*⁴⁵³ will einem Geschäftsführungsorgan, dem die Entlastung verweigert worden ist, einen Auskunftsanspruch gegen den Verband zu der Frage einräumen, ob ihm Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Grundlage dieses Anspruchs sei das Sonderrechtsverhältnis zwischen Organ und Verband. Der Auskunftsanspruch sei mit einer Leistungsklage durchsetzbar, die Vollstreckung erfolge gemäß § 888 ZPO. Mit Hilfe dieses Auskunftsanspruchs sollen die Probleme eines unmittelbaren Anspruchs auf Entlastungserteilung bzw. der allgemeinen negativen Feststellungsklage vermieden und gleichwohl den berechtigten Interessen des Geschäftsführungsorgans Rechnung getragen werden. So sei der Ansehensverlust für das Organ deutlich geringer, wenn der Verband bestätige, dass die Entlastungsverweigerung nicht auf Pflichtverletzungen gestützt werde. Die Ausrichtung des Auskunftsanspruchs auf die Behauptung von Pflichtverletzungen anstatt von Schadenersatzansprüchen würde zudem berücksichtigen, dass es dem Geschäftsführungsorgan weniger um die Klärung von Schadenersatzansprüchen als vielmehr darum gehe, sich vom Verdacht beruflicher Pflichtverstöße zu reinigen.

Der von *Ahrens* propagierte Auskunftsanspruch ist gleichwohl abzulehnen. Ihm stehen ähnliche Einwände entgegen wie einer uneingeschränkten negativen Feststellungsklage. Auch hier wird die Entlastungsverweigerung zu stark mit dem Vorwurf von Pflichtverletzungen und damit mittelbar auch der Behauptung von Schadenersatzansprüchen verknüpft, obwohl auch andere Gründe zur Verweigerung geführt haben können. Es ist vor diesem Hintergrund problematisch, wenn die Stiftung durch einen Auskunftsanspruch gezwungen wird, ihre Einschätzung zum Vorliegen von Pflichtverletzungen zu offenbaren. Gibt sie an, dass sie von Pflichtverletzungen ausgeht, ebnet sie damit dem Geschäftsführungsorgan zugleich häufig den Weg für eine negative Feststellungsklage zur Frage des Bestehens von Schadenersatzansprüchen.⁴⁵⁴ Für die Stiftung besteht damit die Gefahr, zu einem Zeitpunkt in einen Prozess hineingezogen zu werden, zu dem sie die Vorbereitungen für einen Aktivprozess noch gar nicht abgeschlossen hat bzw. die Entscheidung zu einem solchen Prozess

noch gar nicht gefallen ist. Dies ist aber so lange nicht gerechtfertigt, wie die Stiftung nicht von sich aus konkrete Ansprüche vorgebracht hat.⁴⁵⁵

e. Amtsniederlegung und Kündigung des Anstellungsverhältnisses aus wichtigem Grund, Schadenersatz

aa. Überblick über den Meinungsstand

Im Verbandsrecht ist allgemein anerkannt, dass ein Organmitglied, dessen Entlastung verweigert worden ist, berechtigt sein kann, sein Amt aus wichtigem Grund niederzulegen und einen etwaig bestehenden Anstellungsvertrag nach § 626 BGB zu kündigen. Umstritten ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen dieses Recht besteht und worauf es dogmatisch gestützt werden kann.

Zum Teil wird vertreten, dass dem Organmitglied das Recht zur Amtsniederlegung und Kündigung in allen Fällen der Entlastungsverweigerung zustehe.⁴⁵⁶ Dabei komme es nicht darauf an, ob die Entlastung zu Recht oder zu Unrecht verweigert worden sei. Die Entlastungsverweigerung als solche dokumentiere einen Vertrauensentzug, der eine Amtsniederlegung und Kündigung rechtfertige.⁴⁵⁷ Ob die Entlastungsverweigerung berechtigt gewesen sei, werde erst bei der Frage relevant, ob dem Organmitglied gemäß § 628 BGB Schadenersatzansprüche gegen den Verband wegen des ihm infolge der Kündigung des Anstellungsverhältnisses entgehenden Entgelts zustehen.⁴⁵⁸

Nach anderer Ansicht soll das Recht zur Amtsniederlegung und Kündigung hingegen nur dann bestehen, wenn der Verband durch die Verweigerung der Entlastung seine Pflichten aus dem Anstellungs- bzw. Organverhältnis verletzt.⁴⁵⁹ Dies sei aber nicht bei jeder Entlastungsverweigerung der Fall, sondern nur dann, wenn diese grundlos, d.h. willkürlich erfolge.⁴⁶⁰

bb. Stellungnahme

Auf der Grundlage des hier vertretenen Ansatzes zum Inhalt des Entlastungsbeschlusses kann ein mögliches Recht zur Amtsniederlegung und Kündigung nicht auf einen bloßen Vertrauensentzug gestützt werden. Wie dargelegt,⁴⁶¹ geht es bei der Entlastung richtiger Weise allein um die Billigung der bisherigen Geschäftsführung des Stiftungsvorstands. Die Entlastung ist rein vergangenheitsbezogen. Zum Vertrauen in die künftige Tätigkeit des Stiftungsvorstands wird weder bei der positiven noch bei der negativen Entlastungsentscheidung Stellung genommen. Fehlt eine solche Aussage, kann aber auch nicht argumentiert werden, dass die Entlastungsverweigerung einen Vertrauensentzug dokumentiere, der eine Amtsniederlegung bzw. Kündigung rechtfertige.

Es bleibt deshalb allein die Möglichkeit, die Amtsniederlegung bzw. Kündigung damit zu begründen, dass die Entlastung zu Unrecht verweigert worden ist und die Stiftung auf diese Weise ihre Pflichten aus dem Anstellungs- bzw. Organverhältnis verletzt hat. Dass aus dem Organverhältnis und einem etwaigen Anstellungsverhältnis das Verbot abgeleitet werden kann, die Entlastung zu Unrecht zu verweigern, wurde bereits erläutert.⁴⁶² Die unrechtmäßige Entlastungsverweigerung durch das stiftungsinterne Aufsichtsorgan ist dabei der Stiftung zuzurechnen. Es kommt nicht darauf an, ob ein ausdrücklicher Verweigerungsbeschluss gefasst oder der Antrag auf positive Entlastung lediglich abgelehnt wurde.

Zu beachten ist allerdings, dass sich die Frage, ob die Entlastung zu Unrecht verweigert worden ist, auch hier nach den unter lit. a.⁴⁶³ und b.⁴⁶⁴ dargestellten Grundsätzen richtet. Eine Entlastungsverweigerung wird deshalb nur in absoluten Ausnahmefällen pflichtwidrig sein. Der betroffene Stiftungsvorstand hat demgemäß ganz regelmäßig keine Möglichkeit, sein Amt aus wichtigem Grund niederzulegen und einen etwaigen Anstellungsvertrag gemäß § 626 BGB zu kündigen. Auch ein Schadenersatzanspruch gemäß § 628 BGB scheidet in der Regel aus.

2. Befugnisse überstimmter Mitglieder des Aufsichtsorgans

Überstimmte Mitglieder des Aufsichtsorgans haben die von der Mehrheit beschlossene Verweigerung der Entlastung grundsätzlich zu

akzeptieren.⁴⁶⁵ Nur dann, wenn ein ausdrücklicher Verweigerungsbeschluss gefasst worden ist⁴⁶⁶ und dieser formell oder materiell fehlerhaft ist, steht ihnen die Möglichkeit offen, die Nichtigkeit des Beschlusses gem. § 256 Abs. 1 ZPO feststellen zu lassen. Entgegen der bereits erwähnten Rechtsprechung des BGH⁴⁶⁷ ist auch das erforderliche Feststellungsinteresse zu bejahen. Dies folgt aus der Gesamtverantwortung aller Organmitglieder dafür, dass das Organ rechtmäßig agiert. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob ein positiver Entlastungsbeschluss oder ein ausdrücklicher Verweigerungsbeschluss als fehlerhaft gerügt wird.⁴⁶⁸ Da der Verweigerungsbeschluss aber nur in seltenen Ausnahmefällen inhaltlich fehlerhaft ist, kommt diesem Recht in der Praxis kaum Bedeutung zu.

Keinesfalls haben die überstimmten Mitglieder des Aufsichtsorgans die Möglichkeit, ihre Einschätzung zur Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung mit Hilfe der Gerichte der Mehrheit aufzuoktroyieren. Wegen des breiten Ermessens gibt es keine Pflicht, Entlastung zu erteilen. Dies gilt auch dann, wenn ein erster Verweigerungsbeschluss von den Gerichten für nichtig erklärt worden sein sollte.

3. Aufsichtsrechte der Stiftungsbehörden

Die Aufsichtsbefugnisse der Stiftungsbehörden sind sehr beschränkt, wenn dem Stiftungsvorstand die Entlastung verweigert worden ist.⁴⁶⁹ Nur wenn das stiftungsinterne Aufsichtsorgan einen ausdrücklichen Verweigerungsbeschluss gefasst hat, der formell oder materiell fehlerhaft ist, kann die Stiftungsbehörde diesen nach Maßgabe der Landesstiftungsgesetze beanstanden und dessen Aufhebung verlangen. Wann der Verweigerungsbeschluss materiell fehlerhaft ist, wurde bereits erläutert.⁴⁷⁰ Auch für die Stiftungsbehörden gilt damit, dass es wegen des breiten Ermessens bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung und der fehlenden Pflicht zur Begründung der Entlastungsentscheidung in der Praxis kaum möglich sein wird, den Verweigerungsbeschluss als materiell fehlerhaft zu rügen.

Unter keinen Umständen kann die Stiftungsbehörde das stiftungsinterne

Aufsichtsorgan anweisen, dem Stiftungsvorstand Entlastung zu erteilen. Dies wäre mit dem Beurteilungsspielraum, der dem Aufsichtsorgan bei der Prüfung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung zusteht, nicht vereinbar. Der Grundsatz, dass es keinen Anspruch auf Entlastung geben kann, gilt auch gegenüber den Stiftungsbehörden. Zudem würde ein solches Weisungsrecht im Widerspruch zur Beschränkung der staatlichen Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht stehen.

4. Ergebnis

Ein Stiftungsvorstand, dem die Entlastung nach seiner Ansicht unberechtigt verweigert worden ist, hat nur in sehr geringem Umfang Möglichkeiten, sich dagegen zu wehren. Wegen des dem Entlastungsorgan eingeräumten Ermessens kann es keinen gebundenen Anspruch auf Entlastung geben. Aus demselben Grund stellt sich die Entlastungsverweigerung als solche auch nur selten als rechtswidrig dar. Eine Amtsniederlegung oder Kündigung des Anstellungsvertrags durch den Vorstand/das Vorstandsmitglied ist regelmäßig ausgeschlossen. Eine Klage gerichtet auf die Feststellung, dass der Stiftung keine Schadenersatzansprüche gegen den Stiftungsvorstand zustehen, kommt nur in Betracht, wenn sich die Stiftung konkreter Ansprüche berührt hat. Der Stiftungsvorstand hat zudem keinen Anspruch darauf zu erfahren, ob ihm Pflichtverletzungen vorgeworfen werden. Schließlich verfügen auch die überstimmten Mitglieder des Aufsichtsgremiums und die Stiftungsbehörden über keine effektiven Mittel, die Entlastungsverweigerung zu rügen.

Dieses Ergebnis ist für den Stiftungsvorstand wenig befriedigend, weil eine Entlastungsverweigerung mit einem erheblichen Ansehensverlust verbunden sein kann und deshalb durchaus ein berechtigtes Interesse besteht, sich gegen willkürliche Verweigerungen zur Wehr zu setzen. Es ist aber nur Konsequenz dessen, dass bei der Entlastung auch über die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung geurteilt wird. Der daraus folgende Beurteilungsspielraum birgt zwangsläufig die Gefahr, dass Interessen des zu entlastenden Organs beeinträchtigt werden. Diesen Gefahren könnte letztlich nur dadurch wirksam begegnet werden, dass der Prüfungsumfang

bei der Entlastungsentscheidung auf die reine Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung beschränkt wird. Schon im ersten Teil der Arbeit wurde jedoch dargelegt, dass die besseren Argumente für eine Überprüfung auch der Zweckmäßigkeit sprechen.⁴⁷¹ So wird es auf diese Weise möglich, die Entlastung trotz der unterschiedlichen Rechtsfolgen wieder rechtformübergreifend als einheitliches Rechtsinstitut mit einem einheitlichen Prüfungsmaßstab wahrzunehmen. Weiter ist zu beachten, dass durch die Prüfung auch der Zweckmäßigkeit die interne Aufsicht über die Geschäftsführung eine sehr viel größere Intensität erhält als bei einer reinen Rechtmäßigkeitskontrolle. Dieses Mehr an Aufsicht und Kontrolle mit seinen positiven Wirkungen für die Stiftung bzw. den Verband wird „erkauft“ mit einem erweiterten Ermessensspielraum und den damit verbundenen Nachteilen für das betroffene Organ. Letztlich überwiegen allerdings die Vorteile eines erweiterten Prüfungsmaßstabs gegenüber den Gefahren, zumal die Entlastungsverweigerung – jedenfalls in rechtlicher Hinsicht – keine unmittelbaren nachteiligen Folgen hat.

Dritter Teil: Die Entlastung im Recht der unselbstständigen Stiftung

Im Folgenden soll näher untersucht werden, ob die Entlastung auch im Recht der unselbstständigen Stiftungen Anwendung finden kann. Zur Beantwortung dieser Frage ist es zunächst erforderlich zu klären, was unter einer unselbstständigen Stiftung zu verstehen ist. Anschließend sind wieder grundsätzliche Erwägungen zur Übertragung des Rechtsinstituts anzustellen und schließlich Einzelprobleme der Entlastung im Recht der unselbstständigen Stiftung zu beleuchten. Dabei wird sich zeigen, dass bei dieser Art von Stiftungen die Entlastung auch Präklusionswirkungen entfalten kann und ihr deshalb potentiell eine größere Bedeutung als bei selbstständigen Stiftungen zukommt.

A. Die unselbstständige Stiftung

I. Begriff der unselbstständigen Stiftung

Eine unselbstständige Stiftung ist nach richtiger Ansicht⁴⁷² ein durch Rechtsgeschäft begründetes Rechtsverhältnis zwischen einem Stifter bzw. dessen Rechtsnachfolger und einem Stiftungsträger, aufgrund dessen der Stiftungsträger verpflichtet ist, die ihm vom Stifter übertragenen Vermögenswerte wirtschaftlich getrennt von seinem Eigenvermögen als Sondervermögen zu verwalten und dauerhaft zur Verfolgung eines vom Stifter bestimmten Zwecks zu verwenden. Die herrschende Meinung betont demgegenüber den Gründungsvorgang und definiert die unselbstständige Stiftung als Zuwendung von Vermögenswerten zur Begründung eines Sondervermögens im vorgenannten Sinne.⁴⁷³ Die

Betonung des Gründungsvorgangs vermag jedoch nicht zu überzeugen. So wird die Auseinandersetzung mit den während des Bestehens der unselbstständigen Stiftung auftretenden Problemen erleichtert, wenn schon bei der Definition dieses Stiftungstyps nicht auf den Gründungsvorgang, sondern dessen Ergebnis abgestellt wird. Dies entspricht auch den Begrifflichkeiten bei der selbstständigen Stiftung, bei der unter Stiftung nicht die Tätigkeit des Stiftens, sondern der entstandene Rechtsträger verstanden wird. Inhaltliche Differenzen zur herrschenden Meinung ergeben sich aus der unterschiedlichen Betonung des Gründungsaktes bzw. dessen Ergebnisses bei der unselbstständigen Stiftung jedoch nicht.

Als bloßes Schuldrechtsverhältnis hat die unselbstständige Stiftung keine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie kann nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein und hat auch keine Organe.⁴⁷⁴ Zuordnungssubjekt ist stets der Stiftungsträger. Dieser handelt nach außen im eigenen Namen.

Der Stiftungsträger hat bei seinem Tätigwerden allerdings die Vorgaben des Stifters zu beachten. Seine Pflichtenstellung ist insofern der eines Vorstands einer selbstständigen Stiftung angenähert. Für das Verständnis der unselbstständigen Stiftung ist es hilfreich, sich diese – einem Gedanken *K. Schmidts*⁴⁷⁵ folgend – als „virtuelle“ Stiftung vorzustellen, bei der mit Mitteln der Vertragsgestaltung eine selbstständige Stiftung simuliert wird. Dabei wird das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger um eine gedachte juristische Person als Treugeberin des Stiftungsvermögens ergänzt. Auf diese Weise erhält das Rechtsverhältnis den Charakter einer Satzung einer fiktiven Stiftung und der Stiftungsträger die Stellung eines virtuellen Organs.⁴⁷⁶

Auf unselbstständige Stiftungen sind die §§ 80 ff. BGB nach herrschender Meinung weder direkt noch analog anwendbar.⁴⁷⁷ Es fehlt insoweit schon an einer Regelungslücke, da der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, für die unselbstständige Stiftung vergleichbare Bestimmungen zu schaffen.⁴⁷⁸ Auch die Regelungen über die staatliche Stiftungsaufsicht finden keine Anwendung.⁴⁷⁹ Weder bedarf die unselbstständige Stiftung zu ihrer Entstehung eines staatlichen Anerkennungsaktes, noch unterliegt sie einer laufenden Aufsicht durch die Stiftungsbehörden.

II. Rechtliche Einordnung des Stiftungsgeschäfts

Die unselbstständige Stiftung kann sowohl durch Rechtsgeschäft unter Lebenden als auch durch Verfügung von Todes wegen errichtet werden.

1. Stiftungsgeschäft von Todes wegen

Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen ist Erbeinsetzung oder Vermächtnis unter Auflage.⁴⁸⁰

2. Stiftungsgeschäft unter Lebenden

Für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden ist umstritten, auf welchen Vertragstyp zurückzugreifen ist. Zum Teil wird vertreten, dass es sich dabei um einen Treuhandvertrag (bei Unentgeltlichkeit: Auftrag; bei Entgeltlichkeit: Geschäftsbesorgungsvertrag) handeln muss.⁴⁸¹ Nach der Gegenansicht ist das Stiftungsgeschäft als Schenkung unter Auflage auszugestalten.⁴⁸² Wieder andere halten beide Vertragstypen für geeignet, eine unselbstständige Stiftung zu begründen.⁴⁸³ Richtigerweise kann es sich beim Stiftungsgeschäft unter Lebenden aber allein um eine Schenkung unter Auflage handeln. Treuhandverhältnisse eignen sich dafür nicht.

a. Charakteristika eines Treuhandverhältnisses

Charakteristisch für ein Treuhandverhältnis ist zunächst, dass der Treugeber das Treuhandvermögen auf den Treuhänder überträgt,⁴⁸⁴ der sich wiederum verpflichtet, über das Treuhandvermögen nur in bestimmter Weise zu verfügen.⁴⁸⁵ Insoweit weist das Treuhandverhältnis durchaus Parallelen zur unselbstständigen Stiftung auf.⁴⁸⁶ Weitere Merkmale der Treuhand⁴⁸⁷ sind aber das Kündigungsrecht des Treugebers, das zumindest für den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes (§ 671 Abs. 3, § 314 BGB) nicht ausgeschlossen werden kann, und die Möglichkeit des Rückfalls des Vermögens an den Treugeber jedenfalls bei dessen Insolvenz (§§ 115, 116, 80 InsO i.V.m. § 667 BGB).⁴⁸⁸ Seinem Wesen

nach ist das Treuhandverhältnis nur auf eine vorläufige Vermögensübertragung angelegt. Wirtschaftlicher Eigentümer der Treugüter bleibt der Treugeber. Wollen Gläubiger des Treuhänders in das Treugut vollstrecken, kann sich der Treugeber mit einer Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) wehren. Im Fall der Insolvenz des Treuhänders hat der Treugeber ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO.⁴⁸⁹

b. Einordnung als Schenkung unter Auflage

Zentrales Merkmal aller Stiftungen, zu denen zumindest funktional⁴⁹⁰ auch die unselbstständigen Stiftungen zählen, ist demgegenüber ein grundsätzlich endgültiger Vermögenstransfer.⁴⁹¹ Dazu stehen die vorgenannten Charakteristika eines Treuhandverhältnisses im Widerspruch. Geeignetes Mittel für eine endgültige Vermögensübertragung ist vielmehr die Schenkung. Die Anweisungen des Stifters sind dabei Auflagen i.S.d. § 525 BGB. So kommt bei einer Schenkung eine Rückforderung – abgesehen von allgemeinen Anfechtungsstatbeständen – nur wegen Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB), wegen groben Undanks (§ 530 BGB) oder wegen Nichtvollziehung einer Auflage (§ 527 BGB) in Betracht. Im Fall der Insolvenz des Beschenkten oder bei Zugriff der Gläubiger des Beschenkten stehen dem Schenker kein Aussonderungsrecht und keine Drittwiderspruchsklage zur Verfügung.⁴⁹² Die Eigengläubiger des Stiftungsträgers können ungehindert auf das Stiftungsvermögen zugreifen. Der Schenker verliert nicht nur das rechtliche, sondern auch das wirtschaftliche Eigentum an den übertragenen Gegenständen.

Gegen die Einordnung des Stiftungsgeschäfts als Schenkung unter Auflage bringen Kritiker vor, dass es regelmäßig an einer Bereicherung des Stiftungsträgers fehle.⁴⁹³ Die Bereicherung des Beschenkten könne nicht in der Erlangung des bloß formalen Eigentums am geschenkten Gegenstand gesehen werden, vielmehr müsse dem Beschenkten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein eigener Vorteil verbleiben.⁴⁹⁴ Dies sei bei der unselbstständigen Stiftung aber nicht der Fall, weil der Stiftungsträger mit der Auflage beschwert sei, die ihm zugewandten Vermögenswerte für den Stiftungszweck einzusetzen. Er sei für das Stiftungsvermögen und dessen

Erträge eine bloße Durchgangsstation auf dem Weg zu den Destinatären. Ein eigener Vorteil verbleibe ihm grundsätzlich nicht.⁴⁹⁵

Diese Kritik vermag jedoch nicht zu überzeugen. *Herzog*⁴⁹⁶ hat herausgearbeitet, dass nach der Gesetzessystematik und dem Willen des historischen Gesetzgebers für die Frage der Bereicherung des Zuwendungsempfängers dessen Auflagenverpflichtungen irrelevant sind. Wollte man dies anders sehen und eine für die Schenkung konstitutive Bereicherung nur bejahen, wenn sich bei einer Gesamtbetrachtung von Zuwendung und Auflagenverpflichtung ein positiver Saldo ergibt, verbliebe für § 526 BGB kein Anwendungsbereich. Diese Norm setzt gerade einen negativen Saldo zwischen Zuwendung und Auflagenverpflichtung voraus. Es würde dann aber mangels Bereicherung schon von vornherein an einer Schenkung fehlen.⁴⁹⁷

Sind die Auflagenverpflichtungen für die Frage der Bereicherung des Zuwendungsempfängers irrelevant, scheidet eine solche nur aus, wenn er die zugewandten Gegenstände unverzüglich und vollständig an einen Dritten weiterleiten muss, er also bloße Mittelsperson ist. Da der Stiftungsträger das Stiftungsvermögen aber dauerhaft zu verwalten hat, ist dies bei der unselbstständigen Stiftung nie der Fall.⁴⁹⁸ Die Einordnung als Schenkung scheitert folglich nicht an einer fehlenden Bereicherung des Stiftungsträgers. Auch die Entscheidung des BGH vom 12.03.2009⁴⁹⁹ spricht nicht gegen die Einordnung der unselbstständigen Stiftung als Schenkung unter Auflage. Der BGH hat darin als obiter dictum und ohne sich mit den Einzelmerkmalen des Stiftungsbegriffs auseinanderzusetzen einen entgeltlichen Grabpflegevertrag als unselbstständige Stiftung bezeichnet. Dabei ließ er ausdrücklich offen, welcher Vertragstyp (Treuhandvertrag oder Auflagenschenkungen) für die Begründung einer unselbstständigen Stiftung geeignet ist. *Hüttemann/Rawert*⁵⁰⁰ weisen aber zu Recht darauf hin, dass im entschiedenen Fall schon gar keine unselbstständige Stiftung vorlag. Es fehlte insofern an einer dauerhaften stiftungshaften Vermögenswidmung.

c. Abweichende Auffassungen

Abzulehnen sind schließlich die von *Koos*⁵⁰¹ bzw. *Geibel*⁵⁰² entwickelten Ansätze, die die unselbstständige Stiftung – mit unterschiedlicher Begründung – selbst als Zuordnungssubjekt des Stiftungsvermögens ansehen wollen.

Der Vorteil dieser Konstruktionen bestünde darin, dass das Stiftungsvermögen bei der unselbstständigen Stiftung dann in ähnlicher Weise wie bei der selbstständigen Stiftung gegen den Zugriff außenstehender Gläubiger geschützt wäre. Bei der Errichtung einer selbstständigen Stiftung sind insoweit nur die allgemeinen Anfechtungsregeln sowie nach richtiger Ansicht die Regeln über die Pflichtteilsergänzung und die schenkungsrechtlichen Rückforderungsrechte zu beachten.⁵⁰³ Ein Zugriff außenstehender Gläubiger, deren Forderungen nicht im Zusammenhang mit der Stiftung stehen, ist im Übrigen ausgeschlossen. Versteht man die unselbstständige Stiftung hingegen als bloßes Rechtsverhältnis, das nicht selbst Zuordnungssubjekt des Stiftungsvermögens sein kann, ist dies – jedenfalls nach allgemeinen Regeln⁵⁰⁴ – anders. Es wurde bereits dargelegt, dass bei einer Einordnung der unselbstständigen Stiftung als Auflagenschenkung zwar weitgehend der Zugriff der Eigengläubiger des Stifters, nicht aber der des Stiftungsträgers ausgeschlossen ist, während es sich bei einer Einordnung als Treuhandvertrag genau umgekehrt verhält.

So erstrebenswert vor diesem Hintergrund ein erweiterter Schutz des Stiftungsvermögens auch sein mag, so wenig können die Begründungsversuche von *Koos* und *Geibel* doch dogmatisch überzeugen.

aa. Der Ansatz von Koos

Koos ist der Meinung, dass der Errichtungsakt einer unselbstständigen Stiftung (Widmung) zu einer Emanzipation des Stiftungszwecks vom aktuellen und wandelbaren Willen der Stiftungsbeteiligten führe.⁵⁰⁵ Es entstehe eine „fiduziarische Person“, die zwar nicht im gleichen Maße rechtsfähig sei wie etwa eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sie könne aber Zuordnungssubjekt des wirtschaftlichen aber gleichwohl absolut dinglich wirkenden Eigentums sein.⁵⁰⁶ Die fiduziarische Person

übernehme gegenüber dem Stiftungsträger als Eigentümer i.S.d. § 903 BGB die Funktion des Treugebers.⁵⁰⁷

Der Ansicht von *Koos* kann nicht gefolgt werden. Schon die Anerkennung wirtschaftlichen Eigentums als absolut-dingliche Rechtsposition ist mit geltendem Sachenrecht nicht vereinbar.⁵⁰⁸ Auch würde die Anerkennung einer auf wirtschaftliches Eigentum beschränkten Teilpersonifikation zu einer Relativität der Rechtsfähigkeit führen, die den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs nicht gerecht wird: Es wäre beispielsweise nicht möglich, die fiduziarische Person als Eigentümerin eines Grundstücks in das Grundbuch einzutragen. Für den Rechtsverkehr wäre die Rechtslage am Grundstück damit aber nicht mehr erkennbar.⁵⁰⁹ Die Kritik wiegt umso schwerer, als *Koos* auch einseitige Widmungsakte anerkennen will.⁵¹⁰ Würde man dies tatsächlich zulassen, könnte der Stifter durch einseitige Widmung ohne erkennbare Übertragungsakte und ohne staatlichen Konstitutivakt Vermögenswerte dem Zugriff seiner Gläubiger entziehen und damit Haftungsexklaven schaffen.⁵¹¹ Dies ist für eine Rechtsordnung nicht hinnehmbar.

bb. Der Ansatz von Geibel

*Geibel*⁵¹² will die unselbstständige Stiftung vor dem Hintergrund seines gesellschaftsrechtlichen Verständnisses von Treuhandverhältnissen als höchst atypische rechtsgeschäftliche BGB-Gesellschaft zwischen Stifter und Stiftungsträger qualifizieren. Es entstehe ein (teil-) rechtsfähiger Stiftungsträger, der Eigentümer eines echten, rechtsgeschäftlich begründeten Sondervermögens werde.⁵¹³

Auch diese Konstruktion kann nicht überzeugen. *Hüttemann* und *Rawert* weisen zu Recht darauf hin, dass es schon an dem für die Gründung einer BGB-Gesellschaft erforderlichen gemeinsamen Zweck der Gesellschafter fehlt. Auch wenn sich der Stiftungsträger mit den Stiftungszwecken identifiziert, bleibt er doch in erster Linie Dienstleister für den Stifter. Dieses Verhältnis von „Herrn und Knecht“ steht der Annahme einer BGB-Gesellschaft entgegen.⁵¹⁴

d. Ergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass die unselbstständige Stiftung nicht selbst Zuordnungssubjekt für Rechte und Pflichten sein kann. Für die weitere Betrachtung ist davon auszugehen, dass das Stiftungsgeschäft von Todes wegen eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis unter Auflage und das Stiftungsgeschäft unter Lebenden eine Schenkung unter Auflage ist.

B. Grundsätzliche Erwägungen zur Anwendung des Rechtsinstituts der Entlastung im Recht der unselbstständigen Stiftung

Im zweiten Teil der Arbeit wurde dargelegt,⁵¹⁵ dass es im Recht der selbstständigen Stiftung durchaus ein Bedürfnis für eine regelmäßige, umfassende und abschließende Überprüfung der Geschäftsführung des Stiftungsvorstands gibt. Ähnlich wie im Verbandsrecht erstreckt sich die Geschäftsführung über einen längeren Zeitraum und eine Vielzahl miteinander verwobener Einzelmaßnahmen. Die Entlastung könnte auch hier ihre positiven Wirkungen entfalten. Diese Argumente gelten in gleicher Weise für die unselbstständige Stiftung. Schließlich handelt es sich bei ihr lediglich um die Simulation einer selbstständigen Stiftung mit Mitteln der Vertragsgestaltung. Die Ausgangs- und Interessenlage der Beteiligten ist bei beiden Stiftungsarten identisch.

Die unterschiedliche Rechtsnatur der selbstständigen und unselbstständigen Stiftung führt indes dazu, dass die Frage nach der Anerkennung der Entlastung und ihrer Präklusionswirkung bei der unselbstständigen Stiftung neu zu stellen ist. So greifen etwa die für die selbstständige Stiftung geltenden Einwände gegen die Präklusionswirkung hier nicht ein, da die unselbstständige Stiftung keiner Aufsicht durch die staatlichen Stiftungsbehörden unterliegt. Damit das Rechtsinstitut positiv anerkannt werden kann, müssen darüber hinaus aber auch dessen allgemeine Voraussetzungen erfüllt sein. Erforderlich ist deshalb, dass es bei der unselbstständigen Stiftung Personen oder Gremien gibt, die berechtigt sind, die Geschäftsführung des Stiftungsträgers in seiner Funktion als virtueller Stiftungsvorstand auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen, und die weiter befugt sind, über etwaige Sanktionen gegen den Stiftungsträger zu verfügen.

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob es solche Personen bzw. Gremien automatisch bei jeder unselbstständigen Stiftung gibt, d.h. auch

dann, wenn das Stiftungsgeschäft keine Regelungen zur Entlastung enthält. Anschließend ist die Rechtslage für den Fall zu prüfen, dass das Stiftungsgeschäft hierzu Bestimmungen bereithält. Dabei wird sich zeigen, dass eine Präklusionswirkungen entfaltende Entlastung bei unselbstständigen Stiftungen regelmäßig möglich ist, und zwar unabhängig davon, ob das Rechtsinstitut in der Stiftungssatzung ausdrücklich für anwendbar erklärt wird oder nicht.

I. Regelungen im Stiftungsgeschäft fehlen

Enthält das Stiftungsgeschäft keine ausdrücklichen Regelungen zur Aufsicht über den Stiftungsträger und dessen Entlastung, stehen den am Rechtsverhältnis Beteiligten insoweit grundsätzlich nur die allgemeinen Befugnisse zu. Wie nachfolgend darzulegen sein wird, ermöglichen schon diese Kompetenzen eine Entlastungserteilung, und zwar durch solche Personen, die einen Anspruch gegen den Stiftungsträger auf Vollziehung der im Stiftungsgeschäft angeordneten Auflagen haben.

1. Kreis der Inhaber des Vollziehungsanspruchs

Bei der Schenkung unter Auflage, d.h. der lebzeitigen Stiftungerrichtung, hat gemäß § 525 Abs. 1 BGB der Schenker bzw. dessen Erbe Anspruch auf Vollziehung der Auflage. Liegt der Auflagenvollzug im öffentlichen Interesse, was vor allem bei gemeinnützigen Stiftungen der Fall ist, kann gemäß § 525 Abs. 2 BGB nach dem Tod des Schenkers auch die zuständige Behörde⁵¹⁶ die Vollziehung verlangen. Die Stiftungsdestinatäre haben hingegen nur dann einen Vollziehungsanspruch, wenn dies im Stiftungsgeschäft so vorgesehen ist. Dies wird nur selten der Fall sein, zumal bei gemeinnützigen Stiftungen der Begründung eines solchen Anspruchs auch § 52 AO (Erfordernis der Förderung der Allgemeinheit) entgegensteht.⁵¹⁷ Dritten Personen kann hingegen unproblematisch ein Vollziehungsanspruch eingeräumt werden.

Bei der Stiftungerrichtung von Todes wegen (Erbeinsetzung bzw. Vermächtnis unter Auflage) kann die Vollziehung der Auflage der Erbe,

der Miterbe und derjenige verlangen, welchem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten unmittelbar zustatten käme (§ 2194 Satz 1 BGB). Daneben steht wiederum der zuständigen Behörde der Vollziehungsanspruch zu, wenn der Auflagenvollzug im öffentlichen Interesse liegt. Wie bei der Stiftungserrichtung zu Lebzeiten kann schließlich auch beim Stiftungsgeschäft von Todes wegen dritten Personen ein Anspruch auf Vollziehung der Auflage eingeräumt werden. Dies gilt jedoch – anders als bei der lebzeitigen Stiftungserrichtung – von vornherein nicht für die Destinatäre, da sich die Auflage gemäß § 1940 BGB gerade dadurch auszeichnet, dass der Begünstigte keinen Vollziehungsanspruch hat.⁵¹⁸

2. Befugnisse der Inhaber des Vollziehungsanspruchs

Damit die Inhaber des Vollziehungsanspruchs Entlastung im Rechtssinn erteilen können, müssen sie berechtigt sein, die Geschäftsführung des Stiftungsträgers auf deren Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Präklusionswirkungen kann die von den Anspruchsberechtigten erteilte Entlastung zudem nur entfalten, wenn sie befugt sind, über etwaige Sanktionen gegen den Stiftungsträger zu verfügen.

a. Kontrollbefugnisse

In Bezug auf die Kontrollbefugnisse der Anspruchsberechtigten ist zunächst anzumerken, dass der Stiftungsträger ihnen gegenüber analog § 666 BGB verpflichtet ist, Rechenschaft über seine Tätigkeit abzulegen.⁵¹⁹ Der Vollziehungsanspruch rechtfertigt aber grundsätzlich nur die Prüfung, ob der Stiftungsträger seine Pflichten erfüllt hat. Prüfungsgegenstand ist damit nach allgemeinen Regeln nur die Rechtmäßigkeit der Auflagenerfüllung, nicht auch die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung. Dies reicht aber nicht aus, um Entlastung im Rechtssinne erteilen zu können.

Zu beachten ist jedoch, dass die Errichtung einer unselbstständigen Stiftung keine „normale“ Auflagenschenkung bzw. Erbeinsetzung- oder Vermächtnisanordnung unter Auflagen ist. Sie weist vielmehr die

Besonderheit auf, dass sich die Aufgabendurchführung über einen längeren Zeitraum und eine Vielzahl miteinander verwobener Einzelmaßnahmen erstreckt und der Verwirklichung eines Stiftungszwecks dient. In solchen Fällen besteht – wie bereits festgestellt wurde – ein Bedürfnis für eine umfassende Überprüfung der Geschäftsführungstätigkeit einschließlich ihrer Zweckmäßigkeit. Die Anerkennung der Entlastung würde im Interesse aller Beteiligten liegen. Sofern sich aus dem Stiftungsgeschäft nichts Gegenteiliges ergibt, kann deshalb – gegebenenfalls gestützt auf eine ergänzende Vertragsauslegung⁵²⁰ – davon ausgegangen werden, dass den Inhabern des Durchführungsanspruchs das für die Entlastungserteilung erforderliche umfassende Kontrollrecht zusteht.

Schwierigkeiten bereitet die Entlastungserteilung allerdings dann, wenn es – wie häufig der Fall – gleichzeitig mehrere Personen gibt, die Anspruch auf Durchführung der Auflage haben. Eine Entlastung kann hier nur von allen Anspruchsberechtigten gemeinsam erteilt werden. Ein Einzelner hat nicht die Befugnis, abschließend über die Recht- und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Stiftungsträgers zu urteilen. Auch Mehrheitsbeschlüsse sind ohne entsprechende Grundlage im Stiftungsgeschäft nicht anzuerkennen.

b. Verfügungsbefugnis über Sanktionen

Im Hinblick auf die Frage, ob und inwieweit die Entlastung Präklusionswirkung entfalten kann, ist zunächst festzustellen, dass das Gesetz nur in sehr eingeschränktem Umfang über den Erfüllungsanspruch selbst hinausgehende Sanktionsmöglichkeiten vorsieht, wenn der Stiftungsträger die ihm im Stiftungsgeschäft gemachten Auflagen nicht ordnungsgemäß erfüllt.

aa. Mögliche Sanktionen

Bei der Schenkung unter Auflage als lebzeitigem Stiftungsgeschäft kommen nach allgemeinen Regeln einerseits Schadenersatzansprüche gemäß §§ 280, 281, 283, 286 BGB und andererseits der Rückforderungsanspruch wegen Nichterfüllung der Auflage gemäß § 527

BGB in Betracht. Schadenersatzansprüche der Vollziehungsanspruchsberechtigten scheiden im Ergebnis aber regelmäßig aus, weil diese durch die Pflichtverletzungen des Stiftungsträgers nicht geschädigt werden bzw. ein Schaden nur schwer nachweisbar ist.⁵²¹ So tritt etwa der durch eine pflichtwidrige Verwaltung des Stiftungsvermögens entstehende Schaden nicht beim Vollziehungsanspruchsberechtigten, sondern beim Stiftungsträger selbst ein. Eine Schädigung des Vollziehungsanspruchsberechtigten kommt nur dann in Betracht, wenn dieser ausnahmsweise auch Stiftungsdestinatär ist.⁵²² Demgegenüber ist der Rückforderungsanspruch aus § 527 BGB durchaus relevant. Inhaber des Anspruchs ist der Schenker bzw. dessen Erbe. Der Anspruch ist jedoch nach § 527 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen.

Ein ähnliches Bild ergibt sich auch bei der Stiftungserrichtung von Todes wegen. Ein Schadenersatzanspruch wegen Nicht- oder Schlechterfüllung der Auflage soll hier allerdings schon von vornherein ausscheiden, weil ein Schaden bereits begrifflich ausgeschlossen sei.⁵²³ Nach § 2196 BGB ist der Stiftungsträger jedoch zur Herausgabe der Zuwendung verpflichtet, wenn die Erfüllung der Auflage unmöglich geworden ist und der Beschwerter dies zu vertreten hat. Anspruchsinhaber ist dabei allein derjenige, dem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerter zustattenkäme, nicht hingegen sonstige Vollziehungsanspruchsberechtigte.

bb. Verfügungsbefugnis

Weder der Inhaber des Anspruchs aus § 527 BGB noch der des Anspruchs aus § 2196 BGB ist verpflichtet, diesen geltend zu machen.⁵²⁴ Sie können über die Ansprüche grundsätzlich frei verfügen. Damit bestehen aber auch keine grundlegenden Einwände gegen die Anerkennung der Präklusionswirkung der Entlastung. Haben die Anspruchsinhaber die Geschäftsführung des Stiftungsträgers als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig gebilligt und diesem Entlastung erteilt, verhalten sie sich widersprüchlich, wenn sie anschließend gleichwohl die Ansprüche aus § 527 BGB bzw. § 2196 BGB geltend machen.

Anders als bei der selbstständigen Stiftung stellt sich hier auch von vornherein nicht die Frage, ob eine Entlastung nur dann Präklusionswirkungen entfalten kann, wenn das Stiftungsgeschäft eine entsprechende ausdrückliche oder konkludente Ermächtigung enthält. Erteilen die Inhaber der Ansprüche aus §§ 527, 2196 BGB Entlastung, wirken sie ausschließlich auf eigene Rechtspositionen ein. Die unselbstständige Stiftung ist selbst nicht rechtsfähig. Es bedarf damit auch keiner irgendwie gearteten Rechtfertigung, in deren Rechte einzugreifen.⁵²⁵

Schließlich unterstehen unselbstständige Stiftungen – wie dargelegt – keiner Aufsicht durch die Stiftungsbehörden. Die Präklusionswirkung der Entlastung scheitert folglich auch nicht an einem Vorrang staatlicher Stiftungsaufsicht gegenüber stiftungsinternen Kontrollmechanismen.

3. Ergebnis

Die Rechtslage lässt sich demnach wie folgt zusammenfassen: Eine Entlastung mit Präklusionswirkung kann bei unselbstständigen Stiftungen über die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung regelmäßig auch dann erteilt werden, wenn das Stiftungsgeschäft keine Regelungen zur Aufsicht über den Stiftungsträger und dessen Entlastung enthält. Nur wenn dem Stiftungsgeschäft ein gegenteiliger Wille entnommen werden kann, ist die Entlastung ausgeschlossen. Zuständig für die Entlastungserteilung sind die Inhaber des Anspruchs auf Vollziehung der dem Stiftungsträger im Stiftungsgeschäft gemachten Auflagen, wobei mehrere Anspruchsinhaber die Billigung der Geschäftsführung nur einvernehmlich aussprechen können. Ist die Entlastung unter Mitwirkung der Inhaber der Ansprüche aus §§ 527, 2196 BGB erteilt worden, sind diese Ansprüche präkludiert.

II. Stiftungsgeschäft regelt Aufsicht und Entlastung

Trotz des unter Abschnitt I. dargestellten Befundes sind ausdrückliche Regelungen im Stiftungsgeschäft zur Frage der Entlastung des

Stiftungsträgers dringend angeraten. Auf diese Weise kann Klarheit darüber geschaffen werden, ob die Anwendung dieses Rechtsinstituts tatsächlich dem Willen der Beteiligten entspricht. Ein Rückgriff auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung erübrigt sich dann. Zudem lassen sich die Zuständigkeiten und Rechtsfolgen eindeutig regeln. Es empfiehlt sich daher, im Stiftungsgeschäft ein Kontrollgremium vorzusehen, dessen Aufgabe es ist, die Recht- und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Stiftungsträgers zu überprüfen, und dem ausdrücklich die Kompetenz zugewiesen wird, dem Stiftungsträger Entlastung zu erteilen. Es sollte auch klargestellt werden, ob die Entlastung Präklusionswirkungen entfalten können soll oder nicht.

Die Schaffung eines solchen Kontrollgremiums ist unproblematisch möglich. Mit Mitteln der Vertragsgestaltung kann nicht nur die Rechtsposition des Stiftungsträgers der des Vorstands einer fiktiven selbstständigen Stiftung angenähert, sondern es können auch weitere virtuelle Organe dieser Stiftung gebildet werden.⁵²⁶ Diese können ihre Befugnisse zwar nicht aus einer tatsächlichen Organstellung herleiten.⁵²⁷ Alle Beteiligten können sich aber schuldrechtlich verpflichten, einander so zu stellen, als ob das Kontrollgremium entsprechende organschaftliche Befugnisse hätte.⁵²⁸

Ist dem Kontrollgremium die Zuständigkeit für die Entlastungsentscheidung in der Stiftungssatzung zugewiesen worden, kommt eine Entlastung durch sonstige Personen, die einen Anspruch auf Vollziehung der Auflage haben, nicht mehr in Betracht. Sie sind an die Entscheidung des Kontrollgremiums gebunden. Soweit dies in der Stiftungssatzung nicht anders geregelt ist, bestehen auch keine Zustimmungsvorbehalte, die das Kontrollgremium zu beachten hätte.

C. Einzelfragen der Entlastung im Recht der unselbstständigen Stiftung

Die bei Anwendung der Entlastung zu beachtenden Einzelheiten richten sich primär nach der Stiftungssatzung. Soweit dort Regelungen fehlen, ist auf allgemeine Grundsätze zurückzugreifen. Auch hier kann der Gedanke fruchtbar gemacht werden, dass bei der unselbstständigen Stiftung mit Mitteln der Vertragsgestaltung eine selbstständige Stiftung simuliert werden soll. Es können deshalb die zur Entlastung im Recht der selbstständigen Stiftung gewonnenen Erkenntnisse im Wesentlichen übertragen werden. Dies gilt vor allem auch für die Einzelheiten des Prüfungs- und Entscheidungsverfahrens. Insoweit kann auf die Ausführungen im zweiten Teil der Arbeit verwiesen werden.⁵²⁹ Im Folgenden sollen lediglich die Besonderheiten bei der unselbstständigen Stiftung dargestellt werden.

I. Zuständigkeit, Eigenentlastung, Stimmverbot

1. Selbstständige Stiftung

Für die selbstständige Stiftung wurde festgestellt, dass eine Entlastung des Stiftungsvorstands nur durch ein separates stiftungsinternes Aufsichtsorgan erteilt werden kann. Eine Eigenentlastung des Stiftungsvorstands/Stiftungsträgers ist auch dann nicht möglich, wenn dieser aus mehreren Personen besteht und den einzelnen Vorstandsmitgliedern getrennte Ressorts zugewiesen sind.⁵³⁰ Dies folgt aus der Gesamtverantwortung aller Vorstandsmitglieder für das Organhandeln und der Erkenntnis, dass keine hinreichende Aussicht auf eine gewissenhafte Kontrolle besteht, wenn sich Personen gegenseitig beaufsichtigen und beurteilen sollen. Aus diesem Grund muss auch eine wechselseitige Kontrolle und Entlastungserteilung verschiedener Organe ausscheiden.⁵³¹ Eine gleichwohl erteilte Billigung kann – unabhängig von

der Frage, ob die Präklusionswirkung schon aus anderen Gründen ausscheidet – kein schutzwürdiges Vertrauen schaffen und stellt richtiger Weise schon gar keine Entlastung im Rechtssinne dar.

Weiter ist darauf hingewiesen worden, dass bei der Satzungsgestaltung dafür Sorge getragen werden sollte, dass niemand in die Lage kommen kann, unmittelbar oder mittelbar über eigenes Verhalten zu urteilen. Zu diesem Zweck sollten personelle Überschneidungen zwischen den Organen vermieden und die Aufgaben des Kontrollgremiums auf eine nachträgliche Kontrolle der Geschäftsführung beschränkt werden. Bei Missachtung dieser Empfehlungen greift das Verbot ein, dass niemand über die eigene Entlastung abstimmen darf.

2. Unselbstständige Stiftung

Diese Grundsätze sind im Ausgangspunkt auch auf unselbstständige Stiftungen übertragbar. Da bei ihnen selbstständige Stiftungen simuliert werden, ist davon auszugehen, dass für sie grundsätzlich die gleichen Regeln gelten sollen. Zwingend ist dies jedoch nicht. Zu beachten ist nämlich, dass die unselbstständige Stiftung trotz der Annäherung an die Rechtslage bei einer selbstständigen Stiftung ein Vertragsrechtsverhältnis bleibt, welches die Beteiligten selbst regeln können. Es gibt keine Stiftung als eigenständige Rechtsträgerin, der gegenüber Verpflichtungen der Beteiligten bestehen. Die Bindungen bestehen allein zwischen den beteiligten Personen. Es steht ihnen damit auch frei festzulegen, von wem und unter welchen Voraussetzungen die Geschäftsführung des Stiftungsträgers gebilligt werden kann und welche Rechtsfolgen dem beizumessen sind.

Vor diesem Hintergrund kann im Stiftungsgeschäft etwa eine „Eigenentlastung“ eines mehrköpfigen Stiftungsvorstands oder eine wechselseitige „Entlastung“ verschiedener Organe zugelassen und das Verbot, über die eigene Entlastung abzustimmen, abbedungen werden. Es kann sogar angeordnet werden, dass entgegen allgemeinen Regeln auch diese Beurteilungen Verzichtswirkungen entfalten sollen. Sinnvoll ist dies freilich nicht. Denn solche Regelungen führen dazu, dass das

Rechtsinstitut der Entlastung seine Kontrollfunktionen nicht erfüllen kann und damit letztlich pervertiert wird. Man wird deshalb davon ausgehen können, dass etwa das Stimmverbot nur dann nicht gelten soll, wenn dies ausdrücklich so geregelt ist oder sich der entsprechende Wille anderweitig eindeutig feststellen lässt.

Auch bleibt es dabei, dass derartige Eigenbeurteilungen eines Organs oder wechselseitige Beurteilungen verschiedener Organe wegen der fehlenden Aussicht auf eine gewissenhafte Kontrolle richtiger Weise nicht als Entlastung im Rechtssinne eingeordnet werden können. Soll eine solche „Entlastung“ nach der Stiftungssatzung gleichwohl ein Erlöschen von Sanktionsrechten bewirken, kann dies jedenfalls nicht – wie bei der Entlastung im Rechtssinne – mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens begründet werden, weil durch eine solche Billigung kein schützenswertes Vertrauen geschaffen werden kann. Das Erlöschen der Sanktionsrechte beruht hier vielmehr unmittelbar auf den Vereinbarungen im Stiftungsgeschäft.

II. Umfang der Präklusionswirkung

1. Von der Präklusionswirkung der Entlastung erfasste Sanktionen

Im Verbandsrecht erfasst die Präklusionswirkung der Entlastung alle Sanktionen des Verbands gegen das Geschäftsführungsorgan, die ihren Entstehungsgrund in der Geschäftsführung dieses Organs haben.⁵³²

Ähnliches gilt für die unselbstständige Stiftung. Zu beachten ist aber auch hier, dass die unselbstständige Stiftung selbst nicht rechtsfähig ist und sie deshalb als solche über keine Sanktionsrechte verfügt. Diese stehen den einzelnen Parteien des Rechtsverhältnisses „unselbstständige Stiftung“ zu. Gibt das Stiftungsgeschäft einem Kontrollgremium nun die Befugnis, dem Stiftungsträger Entlastung zu erteilen, haben dies alle Parteien des Rechtsverhältnisses gegen sich gelten zu lassen. Die vom Kontrollgremium erteilte Entlastung präkludiert auch solche Sanktionsrechte, die anderen Parteien zustehen.

Verletzt der Stiftungsträger seine Pflichten aus dem Stiftungsgeschäft, sind die von Gesetzes wegen bestehenden Sanktionsmöglichkeiten – wie dargelegt⁵³³ – sehr begrenzt. Neben dem Anspruch auf Erfüllung der Auflage selbst beschränken sie sich regelmäßig auf die Ansprüche aus § 527 BGB bzw. § 2196 BGB. Das Stiftungsgeschäft kann den Beteiligten aber darüber hinausgehende Sanktionsrechte einräumen. Ausgehend vom Leitgedanken, dass die Rechtsstellung des Stiftungsträgers der eines Vorstands einer virtuellen selbstständigen Stiftung nachgebildet wird, kommen insbesondere auch Schadenersatzansprüche und Abberufungsrechte in Betracht. Der Schadenersatzanspruch kann dahingehend ausgestaltet werden, dass der Stiftungsträger verpflichtet ist, das Stiftungsvermögen als bei ihm geführtes Sondervermögen so weit wieder aufzufüllen, wie es bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung bestanden hätte. Die Abberufung des Stiftungsträgers erfolgt in der Weise, dass dieser nach der Stiftungssatzung unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet ist, einer Vertragsübernahme durch einen neuen Stiftungsträger zuzustimmen und diesem das Stiftungsvermögen zu übertragen.⁵³⁴ Als mildere Mittel zur Abberufung kommen Abmahnungen oder Rügen in Betracht. Grundsätzlich werden alle diese Sanktionen von der Präklusionswirkung der Entlastung erfasst. Die Stiftungssatzung kann jedoch Einschränkungen vorsehen.

2. Grenzen der Präklusionswirkung

Da die Präklusionswirkung der Entlastung auf dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens beruht, kann sie nur so weit reichen, wie durch den Entlastungsbeschluss auf Seiten des Stiftungsträgers schutzwürdiges Vertrauen geschaffen wurde. Hierdurch wird die Präklusionswirkung in verschiedener Hinsicht eingeschränkt.

a. Gegenstand des Entlastungsbeschlusses

Zunächst kann die Präklusionswirkung nur Sanktionen wegen solcher Geschehnisse erfassen, die Gegenstand des Entlastungsbeschlusses waren. Wie im Recht der Verbände und der selbstständigen Stiftung⁵³⁵ kann sich der Entlastungsbeschluss auch bei der unselbstständigen Stiftung auf

abgrenzbare Zeiträume – z.B. das letzte Wirtschaftsjahr – oder aber die gesamte Tätigkeit für die Stiftung beziehen. Letzteres ist etwa denkbar, wenn der Stiftungsträger einvernehmlich ausgetauscht worden ist. Ferner ist es möglich, die Entlastung auf einen bestimmten Vorfall zu beschränken oder von einer im Übrigen umfassend erteilten Entlastung einzelne Vorfälle auszunehmen.

b. Erkennbarkeit der Pflichtverletzung

Bei der Frage, ob das durch die positive Entlastungsentscheidung geschaffene Vertrauen schutzwürdig ist, sind die Belange der Beteiligten gegeneinander abzuwägen.⁵³⁶ Diesbezüglich bestehen keine Unterschiede zum Verbandsrecht, so dass auf die dort von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann.

Zu beachten ist zunächst, dass die Entlastung regelmäßig auf der Grundlage der vom Stiftungsträger vorgelegten Unterlagen und Rechenschaftsberichte erteilt wird. Das Vertrauen, wegen einer pflichtwidrigen Geschäftsführung nicht mehr mit Sanktionen belegt zu werden, ist deshalb grundsätzlich nur in dem Umfang schutzwürdig, wie die Umstände, aus denen sich die Pflichtverletzungen ergeben, aus den vorgelegten Unterlagen zumindest erkennbar sind.⁵³⁷ Fehlt es daran, kann sich der Stiftungsträger nicht darauf verlassen, dass die Entlastung auch in Kenntnis dieser Umstände erteilt worden ist. Ein schutzwürdiges Vertrauen kann nicht entstehen. Anders ist dies nur, wenn die Umstände, aus denen sich die Pflichtverletzungen ergeben, sämtlichen Mitgliedern des Aufsichtsgremiums positiv bekannt sind.⁵³⁸ Insoweit greift die Präklusionswirkung auch bei fehlender Erkennbarkeit der Pflichtverletzung aus den Rechenschaftsunterlagen ein. Die positive Kenntnis einzelner Mitglieder⁵³⁹ oder die bloße Erkennbarkeit aus anderen Quellen⁵⁴⁰ reicht dafür aber nicht aus.

Trotz Erkennbarkeit der Pflichtverletzungen ist ein schutzwürdiges Vertrauen ausnahmsweise zu verneinen, wenn sich der Stiftungsträger die Entlastung erschlichen oder er Pflichtverletzungen verschleiert hat, etwa indem er Bedenken des Aufsichtsgremiums durch unwahre Aussagen

zerstreut hat.⁵⁴¹ Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens greift hier wieder nur dann ein, wenn sämtliche Mitglieder des Aufsichtsgremiums positive Kenntnis von der Pflichtverletzung und dem verschleiernenden Verhalten haben und trotzdem Entlastung erteilen.

Barner ist demgegenüber im Verbandsrecht der Meinung, die Entlastung stehe der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen⁵⁴² immer nur dann entgegen, wenn sie in Ansehung konkret erkannten schädigenden Fehlverhaltens erteilt worden sei.⁵⁴³ Lediglich erkennbare Pflichtverletzungen würden von der Präklusionswirkung nicht erfasst. Dies begründet er damit, dass das Aufsichtsgremium im Entlastungsbeschluss nur zu solchen Umständen Stellung nehme, die es erkannt habe, nicht hingegen auch zu solchen, die bloß erkennbar seien.⁵⁴⁴ Eine solche Stellungnahme sei für die Anwendung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens aber erforderlich. Zudem sei der zu Entlastende bei einer bloßen Erkennbarkeit der Pflichtverletzungen auch nicht schutzwürdig. Schließlich sei dieser über die Hintergründe und Folgen seines Handelns vollständig informiert und habe es gleichwohl unterlassen, die zur Entlastungsentscheidung Berufenen entsprechend ausdrücklich zu unterrichten, sondern es dem Zufall bzw. der Findigkeit derselben überlassen, Fehler selbst zu entdecken.⁵⁴⁵

Die Ansicht *Barners* ist abzulehnen. Eine vorbehaltlos erteilte Entlastung enthält die Erklärung, dass die Geschäftsführung – gleich ob pflichtwidrig oder nicht – vollumfänglich gebilligt wird. Die Frage, ob etwaige Pflichtverletzungen vom Aufsichtsgremium erkannt worden sind bzw. diese überhaupt erkennbar waren, ist nur für die Schutzwürdigkeit des durch die Entlastung geschaffenen Vertrauens, nicht hingegen für den Inhalt des Entlastungsbeschlusses selbst relevant.

Enthalten die vorgelegten Unterlagen alle relevanten Fakten und sind die Pflichtverletzungen damit erkennbar, kann der Stiftungsträger grundsätzlich davon ausgehen, dass das Aufsichtsgremium die Geschäftsführung in Kenntnis und unter Berücksichtigung der Pflichtverletzungen gebilligt hat.⁵⁴⁶ Entgegen der Auffassung *Barners* ist das Vertrauen, wegen der Pflichtverletzungen nicht mehr mit Sanktionen

belegt zu werden, sehr wohl schutzwürdig. Bestehen noch Unklarheiten, hat das Aufsichtsgremium zu entscheiden, ob es weitere Erläuterungen verlangt oder bewusst darauf verzichtet und die Entlastung gleichwohl erteilt.⁵⁴⁷ Der Umstand, dass die Entlastung schwerwiegende Konsequenzen haben kann, muss dem Aufsichtsgremium bewusst sein.

Wollte man *Barner* folgen, würde sich überdies das Problem ergeben festzustellen, ob eine aus den Unterlagen erkennbare Pflichtverletzung auch tatsächlich erkannt worden ist. Diese Nachweisschwierigkeiten würden dazu führen, dass die Reichweite der Präklusionswirkung in vielen Fällen unklar bliebe. Die Abschlussfunktion der Entlastung würde dadurch wesentlich eingeschränkt und das Rechtsinstitut insgesamt entwertet werden.

Die herrschende Meinung gelangt schließlich auch nicht zu unbilligen Ergebnissen, weil sichergestellt ist, dass besondere Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden können. Dies wird vor allem dann relevant, wenn der Stiftungsträger nicht „mit offenen Karten spielt“ und versucht, Pflichtverletzungen zu vertuschen. Wie bereits dargelegt wurde, ist für das Eingreifen der Präklusionswirkung hier ausnahmsweise positive Kenntnis aller Mitglieder des Aufsichtsgremiums von der Pflichtverletzung erforderlich. Dies generell zu fordern, überzeugt hingegen nicht. Die Aussage *Barners*, wonach die Entlastung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nur dann entgegenstehen kann, wenn sie in Ansehung konkret erkannter Pflichtverletzungen erteilt wird, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend.

c. Zwingende öffentliche oder private Interessen?

Im Verbandsrecht ist anerkannt, dass die Präklusionswirkung nicht eintreten kann, soweit ihr zwingende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. So soll sich die Präklusionswirkung insbesondere nicht auf Schadenersatzansprüche einer GmbH gegen den Geschäftsführer wegen der Verletzung der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften erstrecken.⁵⁴⁸ Diese Ansprüche sind der Verfügungsbefugnis der Gesellschafterversammlung entzogen.⁵⁴⁹

Vergleichbare Beschränkungen gelten im Recht der unselbstständigen Stiftung nicht. Die Parteien dieses Rechtsverhältnisses sind völlig frei festzulegen, welche Ansprüche untereinander bestehen und unter welchen Voraussetzungen diese wieder erlöschen sollen.

Auch die Stiftungsdestinatäre haben die Präklusionswirkung gegen sich gelten zu lassen, und zwar selbst dann, wenn ihnen ein Anspruch auf Leistungen eingeräumt worden ist. Dies folgt zum einen daraus, dass sie durch die Entlastung nur indirekt betroffen werden. Die Entlastung bringt den Anspruch der Destinatäre nicht unmittelbar zum Erlöschen, sondern kann allein zu einer Verringerung des Stiftungsvermögens führen. Dies mag zwar negative Konsequenzen für die von der Stiftung zu gewährenden Leistungen haben. Eine solche nur mittelbare Betroffenheit der Gläubiger steht der Entlastung aber auch im Verbandsrecht grundsätzlich nicht entgegen. Zum anderen ist zu beachten, dass die Destinatäre ihren Anspruch von vornherein „belastet“ mit der Möglichkeit einer Entlastungserteilung erlangen, wenn eine Anwendung dieses Rechtsinstitut nach dem Stiftungsgeschäft möglich ist.

III. Fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse

1. Gründe für die Fehlerhaftigkeit des Entlastungsbeschlusses

Der Entlastungsbeschluss kann auch bei der unselbstständigen Stiftung aus formellen und/oder materiellen Gründen fehlerhaft sein.

a. Formelle Fehlerhaftigkeit

Die formellen Anforderungen an den Entlastungsbeschluss ergeben sich aus der Stiftungssatzung. Es kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass nach dem Willen der Parteien auch hier nicht jeder Verfahrensverstoß zur Fehlerhaftigkeit des Beschlusses führen soll. Soweit die Stiftungssatzung keine abweichenden Bestimmungen enthält, ist deshalb auf die aus dem Verbandsrecht und dem Recht der selbstständigen Stiftung bekannte Relevanztheorie zurück zu greifen. Ein

Verfahrensverstoß führt danach nur dann zur materiellen Fehlerhaftigkeit, wenn er für das Beschlussergebnis erheblich oder für die Wahrnehmung der Teilhaberechte der Mitglieder des Aufsichtsgremiums wesentlich war. Es kann auf die Ausführungen zur selbstständigen Stiftung verwiesen werden.⁵⁵⁰

b. Materielle Fehlerhaftigkeit

Wann eine positive Entlastungsentscheidung als materiell fehlerhaft anzusehen ist, hängt insbesondere davon ab, ob die Entlastungserteilung im freien Ermessen des Aufsichtsgremiums steht bzw. inwieweit dieses dabei Pflichtenbindungen unterliegt. Die Rechtslage bei unselbstständigen Stiftungen unterscheidet sich insoweit sowohl von der im Verbandsrecht als auch von der bei selbstständigen Stiftungen.

Für das Verbandsrecht wurde festgestellt,⁵⁵¹ dass die Mitgliederversammlung bei der Entlastungsentscheidung über einen sehr weitgehenden Ermessensspielraum verfügt. Grenzen ergeben sich allein aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht. Überstimmte Verbandsmitglieder müssen das Recht haben, den Entlastungsbeschluss anzufechten, wenn das Geschäftsführungsorgan schwerwiegende Pflichtverletzungen begangen hat.⁵⁵² In diesem Fall ist der Entlastungsbeschluss als materiell fehlerhaft anzusehen. Sind sich alle Verbandsmitglieder allerdings einig, darf die Entlastung auch dann erteilt werden, wenn dies sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Bei der selbstständigen Stiftung ist das Entlastungsorgan hingegen von vornherein an den ihm vorgegebenen Stifterwillen gebunden. Der Ermessensspielraum wird dadurch deutlich eingeschränkt.⁵⁵³ Hat der Stiftungsvorstand mehr als nur unerhebliche Pflichtverletzungen begangen, darf die Entlastung grundsätzlich nicht erteilt werden. Nur ganz ausnahmsweise können Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, den Stiftungsvorstand trotz seiner Pflichtverletzungen zu entlasten. Auch wenn sich alle Beteiligten einig sind, dürfen sie sich nicht über den verobjektivierten Stifterwillen hinwegsetzen.

Bei der unselbstständigen Stiftung sind die beteiligten Personen ebenfalls an den in der Stiftungssatzung niedergelegten Stifterwillen gebunden. Die Entlastung muss deshalb auch hier grundsätzlich verweigert werden, wenn der Stiftungsvorstand (Stiftungsträger) mehr als nur unerhebliche Pflichtverletzungen begangen hat. Die Ausführungen zur selbstständigen Stiftung gelten insoweit entsprechend.⁵⁵⁴

Allerdings wirkt sich auch an dieser Stelle aus, dass die unselbstständige Stiftung ein bloßes Vertragsrechtsverhältnis ist, das die Beteiligten frei regeln können. Die sich aus der Stiftungssatzung ergebenden Rechte und Pflichten bestehen nicht im Verhältnis zur Stiftung als eigenständigem Rechtsträger, sondern allein zwischen den am Rechtsverhältnis beteiligten Personen (Stifter, Stiftungsträger, Beirat etc.). Nur diese haben gegeneinander einen Anspruch auf Erfüllung der Pflichten aus der Stiftungssatzung. Sind sich alle Beteiligten einig, können sie sich über diese Pflichten hinwegsetzen und sogar die Stiftungssatzung jederzeit abändern.⁵⁵⁵ Für die Entlastung bedeutet dies, dass im Einvernehmen aller Beteiligten die Entlastung auch dann rechtmäßig erteilt werden kann, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt ist. Fehlt hingegen das Einverständnis auch nur einer Partei, bleibt es bei der in der Stiftungssatzung niedergelegten Pflichtenbindung und die Entlastung ist zu versagen. Relevant ist dabei nicht nur die fehlende Zustimmung von Mitgliedern des Aufsichtsgremiums, sondern auch die sonstiger Parteien wie z.B. des Stifters bzw. dessen Erben.⁵⁵⁶ Setzt sich das Aufsichtsgremium über die fehlende Zustimmung dieser Personen hinweg, macht es sich gegebenenfalls selbst schadenersatzpflichtig.

2. Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse

Es ist nicht nur zulässig, sondern sogar sinnvoll, im Stiftungsgeschäft festzulegen, welche Rechtsfolgen sich aus fehlerhaften Beschlüssen ergeben sollen. Denn fehlen solche Regelungen, ist die Rechtslage bei der unselbstständigen Stiftung völlig unklar. Denkbar ist auch hier, dass alle fehlerhaften Beschlüsse nichtig sind. Es erscheint aber ebenso möglich, zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen zu differenzieren.

Speziell für den Entlastungsbeschluss ist bereits dargelegt worden,⁵⁵⁷ dass überall dort, wo eine Präklusionswirkung im Grundsatz anerkannt wird, jedenfalls im gewissen Umfang auch fehlerhafte Beschlüsse Präklusionswirkungen entfalten können müssen. Würde jeder fehlerhafte Beschluss nichtig sein, könnte die Entlastung ihre Abschlussfunktion nicht erfüllen, da die Frage der Rechtmäßigkeit des Entlastungsbeschlusses kaum einfacher zu beurteilen ist als die Vorfrage, ob der Entlastete seine Pflichten beachtet hat. Der Gewinn an Rechtssicherheit wäre äußerst gering. Diese Argumentation gilt in gleicher Weise auch für unselbstständige Stiftungen.

Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein fehlerhafter Entlastungsbeschluss Präklusionswirkung entfalten kann, erscheint es sachgerecht, zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen zu unterscheiden und die §§ 241 ff. AktG entsprechend anzuwenden, soweit die Rechtsnatur der unselbstständigen Stiftung keine abweichende Behandlung gebietet. So gewährleisten diese Regelungen einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen aller beteiligten Personen (insbesondere Rechtssicherheit und Vertrauensschutz des Stiftungsträgers versus Teilhaberechte einzelner Mitglieder des Aufsichtsgremiums und materielle Richtigkeitsgewähr). Im Stiftungsgeschäft sollten deshalb – jedenfalls für Entlastungsbeschlüsse – die §§ 241 ff. AktG für entsprechend anwendbar erklärt werden. Angesichts der vorstehend dargelegten Interessenlage finden diese Regelungen aber im Wege ergänzender Vertragsauslegung auch ohne ausdrückliche Anordnung entsprechende Anwendung, es sei denn, es ergibt sich aus dem Stiftungsgeschäft ein gegenteiliger Wille.

Nach den Bestimmungen der §§ 241 ff. AktG führen Fehler des Beschlusses grundsätzlich nicht zu dessen Unwirksamkeit, sondern nur zu seiner Anfechtbarkeit. Nichtig ist ein Entlastungsbeschluss jedoch vor allem dann, wenn bei der Einberufung der Sitzung des Aufsichtsgremiums gravierende Ladungsmängel aufgetreten sind (§ 241 Nr. 1 AktG analog), insbesondere Mitglieder zur Sitzung nicht geladen wurden und deshalb an der Beschlussfassung nicht teilgenommen haben.⁵⁵⁸ Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ist auch ein vorsätzlich pflichtwidrig gefasster

Entlastungsbeschluss nichtig (§ 241 Nr. 4 AktG analog).⁵⁵⁹

Im Übrigen lassen Beschlussmängel die Wirksamkeit des Entlastungsbeschlusses regelmäßig unberührt. Insbesondere stellt es keinen Nichtigkeitsgrund dar, wenn die vom Stiftungsträger vorgelegten Unterlagen vom Aufsichtsgremium nicht sorgfältig geprüft wurden und deshalb Pflichtverletzungen nicht erkannt oder die Entlastung aus sonstigen Gründen fahrlässig pflichtwidrig erteilt wurde.⁵⁶⁰ Die Beteiligten sind in solchen Fällen darauf verwiesen, den Beschluss anzufechten.

Während ein nichtiger Entlastungsbeschluss von vornherein keine Präklusionswirkung entfalten kann, entfällt der durch einen sonst fehlerhaften Beschluss gesetzte Vertrauenstatbestand erst mit dessen Anfechtung. Die erfolgreiche Anfechtung wirkt allerdings auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung zurück, so dass auch die Präklusionswirkung rückwirkend entfällt. Unterbleibt hingegen die Anfechtung, ist der fehlerhafte Entlastungsbeschluss endgültig wirksam und seine Präklusionswirkungen bleiben bestehen.

Kommt es infolge der pflichtwidrig erteilten Entlastung zu einer Minderung des Stiftungsvermögens, sind die Mitglieder des Aufsichtsgremiums, die die Entlastung zu vertreten haben, verpflichtet, das Stiftungsvermögen beim Stiftungsträger entsprechend wieder aufzufüllen.

3. Rechtsschutz gegen fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse

Soweit es um die Feststellung der Nichtigkeit des Entlastungsbeschlusses geht, ist für die Parteien des Rechtsverhältnisses „unselbstständige Stiftung“ die Feststellungsklage analog § 249 AktG die statthafte Klageart. Sonstige Personen sind hingegen auf die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zu verweisen. Führen die Fehler des Entlastungsbeschlusses nicht zu dessen Nichtigkeit, ist eine Anfechtungsklage analog § 246 AktG zu erheben.⁵⁶¹

Fraglich ist, gegen wen die Klage zu richten ist. Eine Klage gegen die unselbstständige Stiftung als solche scheidet aus, da diese nicht rechtsfähig und damit auch nicht parteifähig ist (§ 50 Abs. 1 ZPO). Richtig erscheint es, die Klage stattdessen gegen sämtliche Mitglieder des Aufsichtsgremiums zu richten, das den fehlerhaften Beschluss gefasst hat.

Klagebefugt ist bei der Feststellungsklage jedes Mitglied des Aufsichtsgremiums, und zwar unabhängig davon, ob es dem Beschluss zugestimmt hat oder nicht.⁵⁶² Bei der Anfechtungsklage fehlt hingegen solchen Mitgliedern des Aufsichtsgremiums die Klagebefugnis, die dem Beschluss zugestimmt haben.⁵⁶³

Unklar ist, ob auch die sonstigen Parteien des Rechtsverhältnisses „unselbstständige Stiftung“ klagebefugt sind. Dagegen spricht, dass das Beschlussmängelrecht grundsätzlich nur dazu dient, die Rechtmäßigkeit der internen Willensbildung des – bei der unselbstständigen Stiftung fingierten – Organs zu gewährleisten.⁵⁶⁴ Auf der anderen Seite sind sämtliche Parteien des Rechtsverhältnisses gegenseitig verpflichtet, den Stifterwillen zu beachten. Damit wäre es schwerlich vereinbar, wenn sie nicht auch berechtigt wären, einen dem Stifterwillen zuwiderlaufenden Entlastungsbeschluss gerichtlich zu Fall zu bringen. Die Klagebefugnis für die Anfechtungsklage ist folglich zu bejahen. Ebenso steht sämtlichen Parteien des Rechtsverhältnisses die Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG offen.

Hat der Beschluss zu einer Minderung des Stiftungsvermögens geführt, sind zudem sämtliche Parteien des Rechtsverhältnisses berechtigt, den Anspruch auf Auffüllung des Vermögens geltend zu machen. Wollte man dies anders sehen, würde die Schadenersatzpflicht der Mitglieder des Aufsichtsgremiums weitgehend leer laufen. Es ist insbesondere nicht zu erwarten, dass der Stiftungsträger, dem pflichtwidrig Entlastung erteilt worden ist, diesen Anspruch selbst geltend macht.

Dritte Personen, die nicht selbst Partei des Rechtsverhältnisses „unselbstständige Stiftung“ sind, können gegen fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse hingegen nur mit Mitteln der allgemeinen

Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO vorgehen. Dies gilt insbesondere auch für Stiftungsdestinatäre, wenn diese nicht ausnahmsweise selbst Partei des Rechtsverhältnisses sind. Die Klage wäre darauf zu richten, feststellen zu lassen, dass das Aufsichtsgremium seine Pflichten aus dem Rechtsverhältnis verletzt hat, indem es einen fehlerhaften Entlastungsbeschluss gefasst hat. Das für diese Klage erforderliche besondere Feststellungsinteresse wird jedoch regelmäßig fehlen. Auch das mittelbare Interesse der Stiftungsdestinatäre am ungeschmälernten Fortbestand des Stiftungsvermögens reicht dafür allein nicht aus.

Fraglich ist, ob bei der Anfechtungsklage die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG zu beachten ist. Auch hierzu empfiehlt sich eine Klarstellung in der Stiftungssatzung. Fehlt eine solche Regelung, sollte die Monatsfrist als Mindest- aber auch Regelfrist⁵⁶⁵ herangezogen werden. Um dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, sollte eine Klage nach Ablauf dieser Frist nur noch dann zugelassen werden, wenn zwingende Umstände eine frühere klageweise Geltendmachung des Anfechtungsgrundes verhindert haben.⁵⁶⁶ Bei der Feststellungsklage ist hingegen eine Klagefrist nicht zu beachten.

IV. Anspruch auf Entlastung

Auch bei der unselbstständigen Stiftung gibt es keinen Anspruch auf Entlastung. Weder besteht er kraft Gesetzes, noch kann er durch die Stiftungssatzung begründet werden. Dies folgt – wie im zweiten Teil der Arbeit dargelegt wurde⁵⁶⁷ – zwingend daraus, dass Prüfungsmaßstab bei der Entlastungsentscheidung nicht nur die Recht-, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung ist. Wegen des bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit notwendiger Weise einzuräumenden Ermessens ist ein mit einer Leistungsklage durchsetzbarer Anspruch auf Entlastung von vornherein ausgeschlossen.

Aus demselben Grund ist es regelmäßig auch nicht möglich, einen ausdrücklichen Verweigerungsbeschluss als fehlerhaft zu rügen oder die Position des Stiftungsträgers unter Hinweis auf eine pflichtwidrige

Entlastungsverweigerung aufzugeben. Insoweit kann auf die Ausführungen zur selbstständigen Stiftung verwiesen werden.⁵⁶⁸

In Betracht kommt im Wesentlichen nur eine Klage gerichtet auf die Feststellung, dass keine Schadenersatzansprüche⁵⁶⁹ bzw. sonstigen Sanktionsmöglichkeiten im Raum stehen. Ein entsprechendes Feststellungsinteresse ist allerdings nur dann zu bejahen, wenn sich ein Beteiligter konkreter Ansprüche gegen den Stiftungsträger berührt hat.⁵⁷⁰ Die Klage wäre gegen denjenigen zu richten, der diese Ansprüche vorbringt.

V. Folgen einer Entlastungserteilung für die Gemeinnützigkeit der Stiftung

Auch wenn der unselbstständigen Stiftung eine eigene Rechtspersönlichkeit fehlt, ist sie doch ein eigenes Steuersubjekt i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG.⁵⁷¹ Im Hinblick auf eine mögliche Gemeinnützigkeit der unselbstständigen Stiftung gelten die allgemeinen Regeln. Voraussetzung ist damit unter anderem, dass die Stiftung selbstlos tätig wird. Nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 AO i.V.m. § 63 Abs. 1 AO fehlt es daran, wenn eine Person durch Ausgaben, die dem Zweck der Stiftung fremd sind, begünstigt wird. Von diesem Begünstigungsverbot erfasst werden sämtliche stiftungszweckwidrigen Zuwendungen oder Vermögensmehrungen zugunsten Dritter, die zu Lasten der Stiftung gehen.⁵⁷² Dritte in diesem Sinne sind auch Organmitglieder der Stiftung.⁵⁷³ Eine verbotene Zuwendung kann dabei auch darin bestehen, dass es unterlassen wird, Schadenersatzansprüche geltend zu machen.⁵⁷⁴

Vor diesem Hintergrund ist auch die Entlastung des Trägers einer unselbstständigen Stiftung gemeinnützigkeitsrechtlich nicht unproblematisch. Schließlich kann die Entlastung Präklusionswirkungen entfalten mit der Folge, dass gegebenenfalls Schadenersatzansprüche erlöschen und Stiftungsvermögen gemindert wird. Dabei kann nicht einfach darauf abgestellt werden, ob die Entlastung rechtmäßig oder rechtswidrig erteilt worden ist. So wurde bereits dargelegt, dass bei der unselbstständigen Stiftung die Entlastung im gemeinsamen Einvernehmen aller Beteiligten auch dann rechtmäßig erteilt werden kann, wenn diese

sachlich nicht gerechtfertigt ist. Ob ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot des § 55 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 AO i.V.m. § 63 Abs. 1 AO vorliegt, ist folglich eigenständig zu prüfen.

Keine Schwierigkeiten bereiten insoweit die Fälle, in denen die Geschäftsführung des entlasteten Stiftungsträgers rechtmäßig war oder aber die Entlastung wegen Pflichtverletzungen verweigert worden ist. Hier kann sich die Präklusionswirkung nicht vermögensmindernd auswirken. Ist hingegen Entlastung erteilt worden, obwohl die Geschäftsführung rechtswidrig war und deshalb Schadenersatzansprüche bestehen, liegt ganz regelmäßig ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot vor. Soweit in solchen Fällen ausnahmsweise die Präklusionswirkung eingreift – bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen des Stiftungsträgers wird häufig schon das schutzwürdige Vertrauen fehlen –, besteht die verbotene Zuwendung unmittelbar im Erlöschen der Schadenersatzansprüche. Im Übrigen liegt sie in der bloßen Nichtgeltendmachung der Ansprüche, die mit der Entlastungserteilung einhergehen wird.

§ 55 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 AO i.V.m. § 63 Abs. 1 AO ist nur dann nicht verletzt, wenn die Entlastung bzw. das Unterlassen der Geltendmachung der Schadenersatzansprüche objektiv im Stiftungsinteresse liegt und der Verwirklichung des gemeinnützigen Stiftungszwecks dienlich ist. Dies wird nur selten der Fall sein. Denkbar ist es aber beispielsweise dann, wenn die Erfolgsaussichten für die Geltendmachung der Schadenersatzansprüche so gering sind, dass der Stiftung dabei sogar noch weitere Nachteile drohen.

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen sich aus der Missachtung des Begünstigungsverbots ergeben. § 63 Abs. 1 AO differenziert seinem Wortlaut nach nicht nach der Schwere des Verstoßes, so dass an sich jedes noch so geringfügige Fehlverhalten zum Verlust der Vergünstigungen des Gemeinnützigkeitsrechts führen müsste. Im Schrifttum wird diese Rechtsfolge jedoch zu Recht als zu weitgehend kritisiert. Jedenfalls bei kleineren einmaligen Verstößen gegen Gemeinnützigkeitsvorschriften soll eine Versagung der Steuervergünstigungen ausscheiden.⁵⁷⁵ Begründet wird dies mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁵⁷⁶ oder damit, dass § 63 Abs.

1 AO nur dann verletzt sei, wenn die (gesamte) Geschäftsführung nicht mehr auf die ausschließliche und unmittelbare Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke „gerichtet“ sei.⁵⁷⁷ Letztlich muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die Missachtung des Begünstigungsverbots durch die Entlastungserteilung bzw. das Unterbleiben der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen noch als geringfügige Pflichtverletzung angesehen werden kann oder das Fehlverhalten angesichts seiner Häufigkeit, Intensität und Folgen für die Verwirklichung des Stiftungszwecks eine Aberkennung der Gemeinnützigkeit rechtfertigt.⁵⁷⁸ Die Aberkennung der Gemeinnützigkeit erfolgt nicht durch einen gesonderten Bescheid, sondern im Rahmen des jeweiligen Festsetzungs- und Veranlagungsverfahrens. Liegen die Voraussetzungen für die gemeinnützigkeitsrechtlichen Privilegierungen nicht mehr vor, wird das Finanzamt für die betreffende Steuerart und den betreffenden Besteuerungszeitraum einen regulären Steuerbescheid erlassen.⁵⁷⁹

Ergebnisse der Untersuchung

1. Alle Fallgruppen, bei denen das Rechtsinstitut der Entlastung Anerkennung gefunden hat, zeichnen sich dadurch aus, dass jemand für eine andere Person selbstständig Geschäfte tätigt und deren Vermögensinteressen wahrnimmt. Dabei beschränkt sich die Geschäftsführung – anders als in sonstigen Fällen der Fremdgeschäftsführung – nicht auf isolierte Einzelakte, sondern erstreckt sich regelmäßig über einen längeren Zeitraum und eine Vielzahl miteinander zusammenhängender und voneinander kaum trennbarer Tätigkeiten.
2. Die Entlastung steht im unmittelbaren Zusammenhang mit Aufsichtsrechten und Rechenschaftspflichten der beteiligten Personen. Über sie wird auf der Grundlage der vorgelegten Rechenschaftsunterlagen nach umfassender Prüfung der Geschäftsführung entschieden.
3. Inhalt des positiven Entlastungsbeschlusses ist im Verbandsrecht rechtsformübergreifend die Billigung der Geschäftsführung als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig. Die Entlastung ist rein vergangenheitsbezogen. Entgegen der herrschenden Meinung ist das Vertrauen in die künftige Tätigkeit des Geschäftsführungsorgans nicht Gegenstand des Entlastungsbeschlusses.
4. Die Entlastung erfüllt im Verbandsrecht mehrere, je nach Verbandsart auch unterschiedliche Funktionen. Im Mittelpunkt des Interesses steht die Abschluss- und Abgrenzungsfunktion, die sich aus der Präklusionswirkung der Entlastung ergibt. Ist dem Geschäftsführungsorgan Entlastung erteilt worden, sind Schadenersatzansprüche und sonstige Sanktionen wegen einer pflichtwidrigen Geschäftsführung grundsätzlich ausgeschlossen. Eine

Ausnahme besteht nur im Aktienrecht, wo § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG die Präklusionswirkung stark einschränkt. Soweit die Präklusionswirkung reicht, schafft die Entlastung vor Ablauf der allgemeinen Verjährungsfristen Rechtssicherheit. Dies kann nicht nur für das Geschäftsführungsorgan, sondern auch für den Verband vorteilhaft sein. Daneben führt die Entlastung zu einer Verbesserung der internen Aufsichts- und Kontrollmechanismen und vermag über ihre psychologischen Wirkungen, die Motivation der Geschäftsführer zu steigern.

5. Die Präklusionswirkung der Entlastung kann nicht rechtsgeschäftlich begründet werden, sondern ergibt sich aus dem Verbot des *venire contra factum proprium*. Der Verband verhält sich widersprüchlich, wenn er die Geschäftsführung seines Geschäftsführungsorgans billigt und ihm deshalb Entlastung erteilt und anschließend gleichwohl Sanktionen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung verhängen will.

6. Auch bei der selbstständigen Stiftung besteht ein Bedürfnis nach Anerkennung der Entlastung und ihrer Präklusionswirkung. Die Interessenlage der Beteiligten entspricht im Wesentlichen der bei Verbänden. Die Entlastung könnte die für das Verbandsrecht beschriebenen Funktionen in ähnlicher Weise auch bei Stiftungen erfüllen.

7. Die Entlastung kann bei der selbstständigen Stiftung nur durch ein gesondertes stiftungsinternes Aufsichtsorgan erteilt werden, dessen Aufgabe es nach der Stiftungssatzung ist, die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Die Stiftungsbehörden sind wegen der Beschränkung der staatlichen Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht nicht befugt, Entlastung zu erteilen. Ihnen kann diese Befugnis auch nicht in der Stiftungssatzung eingeräumt werden. Eine Eigenentlastung des Stiftungsvorstands ist angesichts der Gesamtverantwortung aller Organmitglieder für die Geschäftsführung nicht anzuerkennen; es besteht keine hinreichende Aussicht darauf, dass die Geschäftsführung im Zusammenhang mit der Entlastungsentscheidung ordnungsgemäß überprüft wird.

8. Auch die von einem stiftungsinternen Aufsichtsorgan erteilte Entlastung kann bei der selbstständigen Stiftung keine Präklusionswirkungen entfalten. Allerdings liegt dies nicht etwa daran, dass die Präklusionswirkungen angesichts der Möglichkeit pflichtwidriger Entlastungserteilungen dem Stiftungszweck nicht förderlich wären. Entscheidend ist vielmehr, dass sie zu einer endgültigen Einschränkung der Aufsichtsbefugnisse der Stiftungsbehörden führen würden, die mit dem Verhältnis staatlicher Stiftungsaufsicht zu stiftungsinternen Kontrollmechanismen unvereinbar wäre. Zwar ist die staatliche Stiftungsaufsicht subsidiär zur Aufsicht durch stiftungsinterne Kontrollorgane. Die Stiftungsbehörden müssen zum Schutz der Stiftung aber stets berechtigt bleiben, als ultima ratio ihre Aufsichtsbefugnisse ungeachtet der stiftungsinternen Kontrollmechanismen auszuüben. Dieser Vorbehalt staatlicher Aufsicht würde bei Anerkennung der Präklusionswirkungen missachtet werden.

9. Der Ausschluss der Präklusionswirkungen gilt nicht nur für gemeinnützige Stiftungen, sondern auch für Familien- und sonstige privatnützige Stiftungen. Die in einigen Landesstiftungsgesetzen enthaltenen Einschränkungen der staatlichen Aufsichtsbefugnisse über die letztgenannten Stiftungen sind mit der auch gegenüber diesen Stiftungen bestehenden Schutzpflicht des Staates unvereinbar. Der Vorbehalt staatlicher Aufsicht ist auch hier zu beachten.

10. Da die Entlastung ohne ihre Präklusionswirkung keine Abschluss- und Abgrenzungsfunktion erfüllen kann, ist ihr praktischer Nutzen bei selbstständigen Stiftungen begrenzt. Eine Anerkennung des Rechtsinstituts ist gleichwohl sinnvoll, weil schon die bloße Institutionalisierung eines formalisierten Kontrollverfahrens zu einer Verbesserung der stiftungsinternen Aufsicht führen kann. Daneben sind auch die psychologischen Effekte der Entlastung nicht an die Präklusionswirkung gebunden. Es kann deshalb regelmäßig davon ausgegangen werden, dass die Anwendung des Rechtsinstituts dem (mutmaßlichen) Stifterwillen entspricht. Ist ein stiftungsinternes Aufsichtsorgan geschaffen worden, das berechtigt ist, die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands auf deren Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen, bedarf es folglich keiner

besonderen Ermächtigung zur Entlastungserteilung in der Stiftungssatzung.

11. Wegen der Bindung des Aufsichtsorgans an den (mutmaßlichen) Stifterwillen darf über die Entlastung nur nach einer vollumfänglichen und gewissenhaften Überprüfung der Geschäftsführung einschließlich der Rechenschaftsunterlagen entschieden werden. Bei der Frage, ob die Geschäftsführung als im Großen und Ganzen recht- und zweckmäßig gebilligt werden kann, ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen. Hat der Stiftungsvorstand nicht nur unerhebliche Pflichtverletzungen begangen, muss die Abwägung regelmäßig dazu führen, dass die Entlastung zu versagen ist. Nur ganz ausnahmsweise können besondere Umstände dazu führen, dass die Entlastungserteilung trotz der Pflichtverletzungen im Interesse der Stiftung liegt. Wird gegen diese Grundsätze verstoßen, ist die Entlastung materiell fehlerhaft.

Hat der Stiftungsvorstand keine Pflichtverletzungen begangen, kann die Fehlerhaftigkeit der Entlastung regelmäßig nicht damit begründet werden, dass das Aufsichtsorgan die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung falsch beurteilt habe. Die Einschätzung zur Zweckmäßigkeit ist grundsätzlich nicht justiziabel. Eine Ausnahme mag nur dann bestehen, wenn sie offen mit gänzlich unsachlichen Argumenten begründet wird.

12. Nach hergebrachter Ansicht führt die Fehlerhaftigkeit eines Beschlusses bei einer selbstständigen Stiftung stets zu dessen Nichtigkeit. Statthaftes Rechtsmittel gegen den fehlerhaften Entlastungsbeschluss ist deshalb die gegen die Stiftung zu richtende Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO. Jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsorgans ist berechtigt, die Klage zu erheben; externen Personen fehlt hingegen regelmäßig das berechtigte Interesse an der Feststellung. Die Stiftungsbehörden können den fehlerhaften Entlastungsbeschluss nach allgemeinen Regeln beanstanden und dessen Aufhebung verlangen.

13. Wird einem Stiftungsvorstand die Entlastung verweigert, ist dies für ihn mit einem erheblichen Ansehensverlust verbunden. Er hat gleichwohl nur wenige Möglichkeiten, sich gegen eine seiner Ansicht nach

ungerechtfertigte Verweigerung zu wehren. Wegen des dem Aufsichtsorgan gerade auch im Hinblick auf die Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung eingeräumten Ermessens kann es keinen gebundenen Anspruch auf Entlastung geben. Aus demselben Grund stellt sich überdies die Entlastungsverweigerung als solche nur sehr selten als rechtswidrig dar. Als Verteidigungsmittel kommt regelmäßig allein eine Klage in Betracht gerichtet auf die Feststellung, dass der Stiftung keine Schadenersatzansprüche gegen den Stiftungsvorstand zustehen. Eine solche Klage ist aber nur dann zulässig, wenn sich die Stiftung konkreter Ansprüche berührt hat.

14. Eine unselbstständige Stiftung ist ein durch Rechtsgeschäft begründetes Rechtsverhältnis zwischen einem Stifter bzw. dessen Rechtsnachfolger und einem Stiftungsträger, aufgrund dessen der Stiftungsträger verpflichtet ist, die ihm vom Stifter übertragenen Vermögenswerte wirtschaftlich getrennt von seinem Eigenvermögen zu verwalten und dauerhaft zur Verfolgung eines vom Stifter bestimmten Zwecks zu verwenden. Die unselbstständige Stiftung hat keine eigene Rechtspersönlichkeit, sie unterliegt keiner staatlichen Aufsicht. Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen ist als Erbeinsetzung bzw. Vermächtnis unter Auflage und das Stiftungsgeschäft unter Lebenden als Schenkung unter Auflage zu qualifizieren.

15. Das Rechtsinstitut der Entlastung kann auch bei der unselbstständigen Stiftung zur Anwendung kommen. Dies gilt nicht nur dann, wenn das Stiftungsgeschäft Aufsicht und Entlastung ausdrücklich regeln, sondern auch bei Fehlen solcher Bestimmungen. Im letzteren Fall kann die Entlastung von den Personen erteilt werden, die einen Anspruch auf Vollziehung der dem Stiftungsträger gemachten Auflagen haben.

16. Anders als bei der selbstständigen Stiftung kann die Entlastung bei der unselbstständigen Stiftung auch Präklusionswirkungen entfalten. Soweit der Entlastungsbeschluss reicht, werden alle Sanktionen der an der unselbstständigen Stiftung beteiligten Personen gegen den Stiftungsträger wegen dessen pflichtwidriger Geschäftsführung ausgeschlossen. Erforderlich ist allerdings, dass die Umstände, aus denen sich die

Pflichtverletzungen ergeben, aus den vorgelegten Rechenschaftsunterlagen zumindest erkennbar sind. Positive Kenntnis ist grundsätzlich nicht erforderlich. Sanktionen wegen Pflichtverletzungen, die aus den Unterlagen nicht erkennbar sind, werden von der Präklusionswirkung hingegen nur erfasst, wenn die Pflichtverletzungen allen Mitgliedern des Aufsichtsgremiums positiv bekannt sind.

17. Für die Frage, wann bei einer unselbstständigen Stiftung Entlastung erteilt werden darf, gelten grundsätzlich die gleichen Regeln wie bei der selbstständigen Stiftung, da in beiden Fällen der im Stiftungsgeschäft niedergelegte Stifterwille zu beachten ist. Zu berücksichtigen ist aber weiter, dass die unselbstständige Stiftung ein bloßes Rechtsverhältnis ist, welches die Beteiligten frei regeln und einvernehmlich jederzeit ändern können. Sind sich alle Beteiligten einig, kann die Entlastung folglich auch dann rechtmäßig erteilt werden, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt ist und im Widerspruch zum ursprünglichen verobjektivierten Stifterwillen steht.

18. Damit die Entlastung ihre Abschlussfunktion erfüllen kann, ist es erforderlich, dass in einem gewissen Umfang auch rechtswidrige Entlastungsbeschlüsse Präklusionswirkungen entfalten können. Es erscheint sachgerecht, die §§ 241 ff. AktG entsprechend anzuwenden und zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen zu differenzieren. Nichtig sind insbesondere vorsätzlich pflichtwidrig erteilte Entlastungsbeschlüsse. Fahrlässig pflichtwidrig erteilte Beschlüsse sind hingegen nur anfechtbar. Statthaftes Rechtsmittel gegen einen nichtigen Entlastungsbeschluss ist die Feststellungsklage analog § 249 AktG. Ist der Beschluss lediglich anfechtbar, ist die Anfechtungsklage analog § 246 AktG zu erheben.

19. Wird dem Träger einer gemeinnützigen unselbstständigen Stiftung sachlich ungerechtfertigter Weise Entlastung erteilt und kommt es deshalb dazu, dass Schadenersatzansprüche gegen ihn nicht geltend gemacht werden oder diese infolge der Präklusionswirkung erlöschen, stellt dies einen Verstoß gegen das gemeinnützigkeitsrechtliche Begünstigungsverbot des § 55 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 AO i.V.m. § 63 Abs. 1 AO dar, der zum

Wegfall der gemeinnützigkeitsrechtlichen Privilegien führen kann.

Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 05. Februar 1794
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayStiftG	Bayerisches Stiftungsgesetz vom 26. September 2008
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BbgStiftG	Stiftungsgesetz für das Land Brandenburg vom 20. April 2004, in der Fassung vom 23. September 2008

BerlGVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt Berlin
Berliner Komm GenG	Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlnStiftG	Berliner Stiftungsgesetz vom 11. März 1960, in der Fassung vom 22. Juli 2003
BreStiftG	Bremisches Stiftungsgesetz vom 7. März 1989, in der Fassung vom 27. Februar 2007
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWStiftG	Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg vom 4. Oktober 1977, in der Fassung vom 16. Dezember 2003
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Zeitschrift)
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Großkomm AktG	Aktiengesetz – Großkommentar
f., ff.	folgende, fortfolgende
HbgStiftG	Hamburgisches Stiftungsgesetz vom 14. Dezember 2005
HeStiftG	Hessisches Stiftungsgesetz vom 6. September 2007
HGB	Handelsgesetzbuch
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft; Kammergericht
KGR	Kammergerichtsreport (Zeitschrift)
Kölner Komm AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KostO	Kostenordnung

lit.	Buchstabe
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zeitschrift)
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
Münch. Hdb. GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MünchKomm AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MünchKomm BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm GmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG
MünchKomm HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
M-VStiftG	Stiftungsgesetz des Landes Mecklenburg- Vorpommern vom 7. Juni 2006
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsStiftG	Niedersächsisches Stiftungsgesetz vom 24. Juli 1968, in der Fassung vom 23. November 2004
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NK-BGB	Nomos Kommentar BGB
NRWStiftG	Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. Februar 2005
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
OVG	Oberverwaltungsgericht
PSR	Die Privatstiftung (Zeitschrift)
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPfStiftG	Landesstiftungsgesetz Rheinland-Pfalz vom 19. Juli 2004
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SaarStiftG	Saarländisches Stiftungsgesetz vom 9. August 2004, in der Fassung vom 15. Februar 2006
SächsStiftG	Sächsisches Stiftungsgesetz vom 7. August 2007, in der Fassung vom 29. Januar 2008
S-AStiftG	Stiftungsgesetz Sachsen-Anhalt vom 20. Januar 2011
S-HStiftG	Stiftungsgesetz Schleswig-Holstein vom 2. März 2000
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StiftRspr.	Stiftungen in der Rechtsprechung – Entscheidungssammlung
sog.	sogenannte

ThStiftG	Thüringer Stiftungsgesetz vom 16. Dezember 2008
v.	von; vom
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolg ^e
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSt	Zeitschrift zum Stiftungswesen

Literatur

- Ahrens, Hans-Jürgen* Vom Ende der Entlastungsklage des GmbH-Geschäftsführers und einem Neubeginn des BGH, Zugleich ein Beitrag zur negativen Feststellungsklage, Besprechung der Entscheidung BGHZ 94, 324, in: ZGR 1987, S. 129 ff.
- Andrick, Bernd* Stiftungsrecht und Staatsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung der nordrheinwestfälischen Verhältnisse, Baden-Baden 1988.
- Andrick, Bernd / Suerbaum, Joachim* Stiftung und Aufsicht, Dogmatik – Stiftungspraxis – Reformbestrebungen, München 2001.
- Arnold, Arnd* Die Organhaftung in Verein und Stiftung (unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 31a BGB), in: Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89 ff.
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert* BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, München 2012.
- Bärman, Johannes* Wohnungseigentumsgesetz, Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, Kommentar, 11. Auflage, München 2010.
- Barner, Friedrich* Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, Berlin 1990.
- Baumbach, Adolf / Hueck*, GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften

<i>Alfred</i>	mit beschränkter Haftung, Kommentar, 20. Auflage, München 2013.
<i>Baums, Theodor</i>	Der fehlerhafte Aufsichtsratsbeschluss, in: ZGR 1983, S. 300 ff.
<i>Beckmann, Eva-Maria</i>	Die Änderung der Stiftungssatzung, Aachen 2005.
<i>Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz</i>	2. Auflage, Hamburg 2010.
<i>Beuthien, Volker</i>	Genossenschaftsgesetz, GenG mit Umwandlungs- und Kartellrecht sowie Statut der Europäischen Genossenschaft, Kommentar, 15. Auflage, München 2011.
<i>BGB – RGRK</i>	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, Berlin 2001.
<i>Boesebeck, Ernst</i>	Die „Entlastung“ der Organe einer AG, GmbH oder Genossenschaft in neuer rechtlicher Betrachtung, in: ZAkDR 1935, S. 675 ff.
<i>Boesebeck, Ernst</i>	Anmerkungen zu RG JW 1935, in: JW 1935, S. 921 ff.
<i>Boeters, Karl</i>	Anmerkung zu RG JW 1920, S. 657, in: JW 1920, S. 699 f.
<i>Bonse, Egbert</i>	Die Entlastung der leitenden Gemeindebeamten, Stuttgart u.a. 1972.
<i>Borsche, Christian</i>	Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, Berlin 1989.
<i>Bouwman, Egbert</i>	Die Bedeutung der staatsrechtlichen Entlastung unter besonderer Berücksichtigung des Artikels 114 Absatz 2 des Grundgesetzes, Hamburg 1969.
<i>Brambring, Günter /</i>	Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Auflage,

- Mutter, Christoph* München 2009.
- Breit, James* Anmerkung zu RG JW 1917, S. 675 f., in: JW 1917, S. 657 f.
- Brox, Hans* Probleme der Entlastung im Gesellschaftsrecht, in: BB 1960, S. 1226 ff.
- Bruns, Patrick* StiftG Baden-Württemberg, Kommentar zum Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg, 6. Auflage, Baden-Baden 2010.
- Bruns, Patrick* Fiduziarische Stiftung als Rechtsperson, in: JZ 2009, S. 840 ff.
- Buchner, Herbert* Die Entlastung des Geschäftsführers in der GmbH, Wenig Klarheit über ein altes gesellschaftsrechtliches Institut, in: GmbHR 1988, S. 9 ff.
- Bundesverband Deutscher Stiftungen e. V.* Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis, Berlin 2010.
- Burgard, Ulrich* Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, Köln 2006.
- Coing, Helmut* Die Treuhand kraft privatem Rechtsgeschäft, München 1973.
- Dorsel, Christoph* Kölner Formularbuch Erbrecht, Köln 2011.
- Ebersbach, Harry* Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1972.
- Erman* BGB, Handkommentar, 13. Auflage, Köln 2011.
- Flechtheim, Julius* Anmerkung zu RG JW 1920, S. 657, in: JW 1920, S. 700 f.
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil, Die Juristische Person, Berlin u.a. 1983.
- Franz, Albert K. / Liermann, Hans / Nedder*, Deutsches Stiftungswesen 1948-1966, Wissenschaft und Praxis, Tübingen 1968.

*Hans Helmut zur /
Pölnitz, Götz Frh. v.
(Hrsg.)*

Fritsche, Stefan / Kilian, Ulrike StiftG Brandenburg, StiftG Mecklenburg-Vorpommern, Kommentare zu den Landesstiftungsgesetzen, Essen 2007.

Geibel, Stefan J. Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, Tübingen 2006.

Gernhuber, Joachim Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Auflage, Tübingen 1994.

Gernhuber, Joachim / Coester-Waltjen, Dagmar Familienrecht, 6. Auflage, München 2010.

Gollan, Anna Katharina Vorstandshaftung in der Stiftung, Eine Untersuchung zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule, Köln 2009.

Graff, Simone Die Anfechtbarkeit der Entlastung bei Fehlen des Lageberichts, Zugleich Anmerkung zu BGH v. 26.11.2007 – II ZR 227/06, AG 2008, S. 83 ff., in: AG 2008, S. 479 ff.

Groß, Wolfgang Stimmrechtsausschluss bei der Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil, in: GmbHR 1994, S. 596 ff.

Großkommentar Aktiengesetz Fünfter Band, Mitbestimmungsgesetz, §§ 118-149, 4. Auflage, Berlin 1999.

Hartlieb, Franz / Zollner, Johannes Die Entlastung des Stiftungsvorstands, in: PSR 2012, S.159 ff.

Heckenberger, Richard Die Entlastung bei den Aktien-Gesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach Voraussetzungen, Wirkungen und Anfechtbarkeit, Heidelberg 1909.

Heermann, Peter W. Beschränkung der persönlichen Haftung des

- Vereinsvorstands durch Ressortverteilung, in: Crezelius, Georg / Hirte, Heribert / Vieweg, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Köln 2005, S. 1191 ff.
- Heidenhain, Martin / Meister, Burkhardt W.* Münchener Vertragshandbuch, Band 1, Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, München 2011.
- Heiner, Michael* Besprechung zu: Koos, Stefan, Fiduziarische Person und Widmung, in: ZSt 2004, S. 216 f.
- Herzog, Rainer* Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, Baden-Baden 2006.
- Heuel, Markus* StiftG Nordrhein-Westfalen, Kommentar zum Landesstiftungsgesetz, Essen 2009.
- Hippel, Thomas von* Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, Eine zivilrechtsdogmatische, steuerrechtliche und rechtsvergleichende Untersuchung über Strukturen, Pflichten und Kontrollen und wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen und Stiftungen, Tübingen 2007.
- Hoeningner, Heinrich* Die Entlastung, in: DJZ 1922, S. 144 ff.
- Hof, Hagen / Bianchini-Hartmann, Maren / Richter, Andreas* Stiftungen, 2. Auflage, München 2010.
- Hoffmann, Jakob* Beschlussmängel in der rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts, in: Hoffmann, Jakob / Schubert, Claudia (Hrsg.), Entwicklungen im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Festgabe für Peter Kreutz zum 70. Geburtstag, S. 29 ff., Frankfurt 2009.
- Hoffmann-Becking, Michael / Rawert, Peter* Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Auflage, München 2013.
- Holt, Thomas von / Koch, Christian* Stiftungssatzung, 2. Auflage, München 2011

<i>Hölters, Wolfgang</i>	Aktiengesetz, Kommentar, München 2011.
<i>Hopt, Klaus J.</i>	Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen, in: Hopt, Klaus J. / Hippel, Thomas von / Walz, W. Rainer (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 2005, S. 243 ff.
<i>Hueck, Alfred</i>	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage, Köln 1971.
<i>Hueck, Alfred</i>	Die Entlastung im Recht der GmbH, in: GmbHR 1959, S. 189 ff.
<i>Hüffer, Uwe</i>	Aktiengesetz, Kommentar, 10. Auflage, München 2012.
<i>Hüttemann, Rainer</i>	Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Auflage, Köln 2012.
<i>Hüttemann, Rainer / Richter, Andreas / Weitemeyer, Birgit</i>	Landesstiftungsrecht, Köln 2011.
<i>Hüttemann, Rainer / Herzog, Rainer</i>	Organhaftung bei Non Profit Organisationen, in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 ff.
<i>Isele, Hellmut-Georg</i>	Geschäftsbesorgung, Umriss eines Systems, Marburg 1935.
<i>Jakob, Dominique</i>	Schutz der Stiftung, Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006.
<i>Jennißen, Georg</i>	Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Köln 2012.
<i>Kersten / Bühling</i>	Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Auflage, Köln 2010.
<i>Kiethe, Kurt</i>	Anfechtbarer Beschluss über die Entlastung des Aufsichtsrats der AG durch unzureichende Berichterstattung, in: NZG 2006, S. 888 ff.

<i>Knoche, Dietrich</i>	Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, Berlin 1995.
<i>Kölner Kommentar zum Aktiengesetz</i>	Band 1, 5. Lieferung, §§ 118-147, 1973; Band 2, 4. Lieferung, §§ 241-290, 1976, München.
<i>Kohnke, Andreas</i>	Die Pflichten des Stiftungsvorstands aus Bundes- und Landesrecht, Baden-Baden 2009.
<i>Koos, Stefan</i>	Fiduziarische Person und Widmung, Das stiftungsspezifische Rechtsgeschäft und die Personifikation treuhänderisch geprägter Stiftungen, München 2004.
<i>Krieger, Gerd / Schneider, Uwe H.</i>	Handbuch Managerhaftung, 2. Auflage, Köln 2010.
<i>Kronke, Herbert</i>	Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 1988.
<i>Lang, Johann / Weidmüller, Ludwig</i>	Genossenschaftsgesetz (Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) mit Erläuterungen zum Umwandlungsgesetz, Kommentar, 37. Auflage, Berlin u.a. 2011.
<i>Lassmann, Tom</i>	Stiftungsuntreue, Berlin 2008.
<i>Leisner, Walter</i>	Anmerkung zu KG, StiftRspr. III, S. 35 ff., in: StiftRspr. III, S. 39 ff.
<i>Lunk, Stefan / Rawert, Peter</i>	Bestellung, Abberufung, Anstellung und Kündigung von Stiftungsvorständen, in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91 ff.
<i>Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter</i>	GmbH-Gesetz, Kommentar, 18. Auflage, Köln 2012.
<i>Mayer, Jörg / Bonefeld, Michael</i>	Testamentsvollstreckung, 3. Auflage, Herne 2010.
<i>Mecking, Christoph</i>	Das Stiftungswesen in Rheinland-Pfalz, Kommentar zum Landesstiftungsgesetz, Essen 2006.

<i>Medicus, Dieter</i>	Allgemeiner Teil des BGB, 10. Auflage, München 2010.
<i>Michalski, Lutz</i>	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH- Gesetz), 2. Auflage, München 2010.
<i>Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts</i>	Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Auflage, 2007; Band 5, Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, 2009, München.
<i>Münchener Kommentar zum Aktiengesetz</i>	Band 3, §§ 118-178, 3. Auflage, München 2013.
<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i>	Band 1, §§ 1-240, 6. Auflage, 2012; Band 2, §§ 241-432, 6. Auflage, 2012; Band 3, §§ 433-610, 6. Auflage, 2012; Band 4, §§ 611-704, 6. Auflage, 2012; Band 5, §§ 705-853, 5. Auflage, 2009; Band 9, §§ 1922-2385, 5. Auflage, 2010, München.
<i>Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG</i>	Band 2, §§ 35-52, München 2012.
<i>Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch</i>	Band 2, §§ 105-160, 3. Auflage, München 2011.
<i>Muscheler, Karlheinz</i>	Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, BadenBaden 2005.
<i>Muscheler, Karlheinz</i>	Die unselbständige Stiftung, in: Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen 1 (2007), S. 59 ff.
<i>Muscheler, Karlheinz</i>	Die Haftung des Stiftungsvorstands, in: Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen 2 (2008), S. 51 ff.
<i>Nägele, Stefan / Nestel, Fred</i>	Entlastung des GmbH-Geschäftsführers und des AG-Vorstands – Chancen und Risiken in der

- Praxis, in: BB 2000, S. 1253 ff.
- Neflin, Hermann* Die Verweigerung der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG und deren Rechtsfolgen, in: NJW 1959, S. 1666 ff.
- Noack, Ulrich* Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, Köln u.a. 1989.
- Nomos Kommentar zum BGB* Bürgerliches Gesetzbuch Gesamtausgabe, Kommentar, Band 5, Erbrecht, §§ 1922-2385 BGB, 3. Auflage, Baden-Baden 2010.
- Ott, Claus* Kontrolle und Transparenz von NonprofitOrganisationen, in: Kohl, Helmut / Kübler, Friedrich / Ott, Claus / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rainer Walz, Köln 2008, S. 505 ff.
- Palandt* Bürgerliches Gesetzbuch, BGB mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug), Kommentar, 72. Auflage, München 2013.
- Peiker, Peter* Hessisches Stiftungsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, Wiesbaden 2009.
- Picenoni, Reno* Der Entlastungsbeschuß (Décharge) im Recht der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Aarau 1945.
- Priester, Hans-Joachim* Stimmverbot des GmbH-Gesellschafters bei Entlastungsbeschlüssen, in: Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, München 1994, S. 369 ff.
- Pues, Lothar / Scheerbarth, Walter* Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Auflage, München 2008.
- Rawert, Peter* Die staatliche Stiftung, in: Grundmann, Stefan v. / Haar, Brigitte / Merkt, Hanno (Hrsg.),

- Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag, Berlin 2010, S. 177 ff.
- Rawert, Peter* Die Zustiftung – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom funktionalen Stiftungsbegriff, in: Jakob, Dominique (Hrsg.), Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, Basel 2010, S. 23 ff.
- Rawert, Peter* Von süffigen Parolen, einem dicken Sargnagel und der Philosophie des „Als Ob“ – Karsten Schmidt und das Stiftungsrecht, in: Bitter, Georg / Lutter, Marcus / Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 1323 ff.
- Rawert, Peter* Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: Hopt, Klaus J. / Reuter, Dieter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA, Köln 2001, S. 109 ff.
- Reichert, Bernhard* Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 12. Auflage, Köln 2010.
- Reuter, Dieter* Die Haftung des Stiftungsvorstands gegenüber der Stiftung, Dritten und dem Fiskus, in: Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 ff.
- Ries, Gerhard* Die Entlastung des Vorstandes der Stiftung und anderer Organmitglieder, in: Stiftung & Sponsoring 2002, S. 20 ff.
- Römer, Peter* Bestandssicherung der Personalgesellschaften durch körperschaftliche Innenorganisation, in: DB 1964, S. 178 f
- Roth, Günther H. /* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit

- Altmeppen, Holger* beschränkter Haftung, Kommentar, 7. Auflage, München 2012.
- Rowedder, Heinz / Schmidt-Leithoff Christian* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 5. Auflage, München 2013.
- Saenger, Ingo / Veltmann, Till* Reichweite und Haftungsrisiko der Stiftungsaufsicht bei Vermögensumschichtungen von unternehmensverbundenen Stiftungen, in: ZSt 2005, S. 281 ff.
- Sauter, Eugen / Schwyer, Gerhard / Waldner, Wolfram* Der eingetragene Verein, Gemeinverständliche Erläuterungen des Vereinsrechts unter Berücksichtigung neuester Rechtsprechung mit Formulareil, 19. Auflage, München 2010.
- Schauhoff, Stephan* Handbuch der Gemeinnützigkeit, Vereine, Stiftung, GmbH, Recht, Steuern, Personal, 3. Auflage, München 2010.
- Schiffner, Fritz-Anton* Die Entlastung der Organe einer Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Stimmrechts der Organmitglieder bei Entlastungsbeschlüssen der Generalversammlung, Jena 1924.
- Schlegelberger, Franz / Quassowski, Leo / Herbig, Gustav / Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang* Aktiengesetz, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937, 3. Auflage, Berlin 1939.
- Schlüter, Andreas* Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England, USA, München 2004.
- Schmeling, Christian* Die Entlastung von Mitgliedern geschäftsführender Organe im Recht der Kapitalgesellschaften, Eine rechtsvergleichende

- Studie zum deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Frankfurt 2004.
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002.
- Schmidt, Karsten* „Ersatzformen“ der Stiftung – Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft -, in: Hopt, Klaus J. / Reuter, Dieter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA, Köln 2001, S. 175 ff.
- Schmidt, Karsten* Entlastung, Entlastungsrecht und Entlastungsklage des Geschäftsführers einer GmbH – Versuch einer Neuorientierung, in: ZGR 1978, S. 426 ff.
- Schmidt, Karsten / Lutter, Marcus* Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflage, Köln 2010.
- Schmidt, Oliver* Vermögenszuwendung und Festlegung des Stiftungszwecks bei der Errichtung unselbständiger Stiftungen von Todes wegen, in: ZEV 2003, S. 316 ff.
- Scholz* GmbHG, Kommentar, II. Band, §§ 35-52, 10. Auflage, Köln 2007.
- Schönle, Herbert* Der Entlastungsbeschluss im deutschen Gesellschaftsrecht, in: ZHR 1964, 126. Band, S. 199 ff.
- Schwarz, Günther Christian* Zur Zulässigkeit landesrechtlicher Vorschriften über die Familien- und Unternehmensstiftung, in: ZEV 2003, S. 306 ff.
- Schwintek, Sebastian* Die Haftung von Organmitgliedern gegenüber der Stiftung für fehlerhafte Vermögensverwaltung und Ertragsverwendung, in: ZSt 2005, S. 108 ff.

- Schwintek, Sebastian* Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, Eine Untersuchung zu Pflichten und Kontrolle von Leitungsorganen im Stiftungsrecht – insbesondere in Unternehmensträgerstiftungen, Baden-Baden 2001.
- Seifart, Werner / Campenhausen, Axel Frh.* Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Auflage, München 2009.
- Sethe, Rolf* Die aktienrechtliche Zulässigkeit der sogenannten „Teilentlastung“, in: ZIP 1996, S. 1322 ff.
- Soergel* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§ 1-103, 13. Auflage, 2000; Band 20, §§ 1741 – 1921, 13. Auflage, 2000, Stuttgart.
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard* Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2010.
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 21-79 (Bearbeitung 2005); §§ 80-89 (Bearbeitung 2011); §§ 139-163 (Bearbeitung 2010); §§ 164-240 (Bearbeitung 2009); Einleitung zum Schuldrecht, §§ 241-243 (Bearbeitung 2009); §§ 362-396 (Bearbeitung 2011); §§ 516-534 (Bearbeitung 2005); 1773-1895 (Bearbeitung 2004); §§ 2064-2196 (Bearbeitung 2013), Berlin.
- Steuber, Elgin* Corporate Governance bei Stiftungen – eine Frage der Kontrolle oder der Moral?, in: DStR 2006, S. 1182 ff.
- Strachwitz, Rupert Graf / Mercker, Florian* Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis, Handbuch für ein modernes Stiftungswesen, Berlin 2005.

<i>Strickrodt, Georg</i>	Stiftungsrecht, Geltende Vorschriften und rechtspolitische Vorschläge, Baden-Baden 1977.
<i>Stöber, Kurt / Otto, Dirk- Ulrich</i>	Handbuch zum Vereinsrecht, 10. Auflage, Köln 2012.
<i>Stumpf, Christoph / Suerbaum, Joachim / Schulte, Martin / Pauli, Rudolph</i>	Stiftungsrecht – Kommentar, München 2011.
<i>Sudhoff, Heinrich</i>	Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH und einer GmbH & Co. KG, 14. Auflage, Köln 1994.
<i>Teichmann, Arndt</i>	Venire contra factum proprium – Ein Teilaspekt rechtsmissbräuchlichen Handelns, in: JA 1985, S. 497 ff.
<i>Tellis, Nikolaos</i>	Die Entlastungsklage im GmbH-Recht, Erwiderung auf Buchner, GmbHR 1988, S. 9 ff., in: GmbHR 1989, S. 113 ff.
<i>Tellis, Nikolaos</i>	Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung und die Entlastungsklage, Ein Beitrag zur rechtsformübergreifenden Betrachtung des Entlastungsinstituts, München 1988.
<i>Thomas, Heinz / Putzo, Hans</i>	Zivilprozessordnung, Kommentar, 33. Auflage, München 2012.
<i>Tolksdorf, Georg</i>	Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, Zur (analogen) Anwendung des Schenkungs-, Pflichtteils- und Anfechtungsrechts auf die Errichtung einer selbständigen Stiftung unter Lebenden, Baden-Baden 2006.
<i>Tschötschel, Tobias</i>	Die gemeinnützige Stiftung und GmbH als Instrument der mittelständischen Unternehmensnachfolge, Eine Untersuchung

	anhand ausgewählter Anforderungen zur Fortführung von Familienunternehmen, Berlin 2009.
<i>Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Winter, Martin (Hrsg.)</i>	GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Band II, §§ 29-52, Tübingen 2006.
<i>Unger, Ulrike</i>	Neue Haftungsbegrenzungen für ehrenamtliche Vereins- und Stiftungsvorstände, in: NJW 2009, S. 3269 ff.
<i>Voll, Otto / Voll, Josef / Störle, Johann</i>	Bayerisches Stiftungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Stuttgart u.a. 2009.
<i>Wachter, Thomas</i>	Stiftungen, Zivil- und Steuerrecht in der Praxis, Köln 2001.
<i>Wagner, Josef</i>	Die Rechtsnatur der Entlastung im Gesellschaftsrecht, Köln 1938.
<i>Weitemeyer, Birgit</i>	Die Entlastung im Aktienrecht – neueste Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: ZGR 2005, S. 280 ff.
<i>Weitnauer, Hermann</i>	Wohnungseigentumsgesetz, Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, Kommentar, 9. Auflage, München 2004.
<i>Werner, Olaf / Saenger, Ingo</i>	Die Stiftung, Recht, Steuern, Wirtschaft, Stiftungsrecht, Berlin 2008.
<i>Werner, Rüdiger</i>	Die Haftung des Stiftungsvorstands, in: ZEV 2009, S. 366 ff.
<i>Westebbe, Achim</i>	Die Stiftungstreuhand, Eine Untersuchung des Privatrechts der unselbständigen gemeinnützigen Stiftung mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf den charitable trust, Baden-Baden 1993.
<i>Wicke, Hartmut</i>	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 2.

	Auflage, München 2011.
<i>Wilhelm, Jan</i>	Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln 1981.
<i>Wochner, Georg</i>	Stiftungen und stiftungsähnliche Körperschaften als Instrumente dauerhafter Vermögensbindung, in: MittRhNotK 1994, S. 89 ff.
<i>Wurm / Wagner / Zartmann</i>	Das Rechtsformularbuch, 16. Auflage, Köln 2011.
<i>Zöller</i>	ZPO, Zivilprozessordnung, Kommentar, 29. Auflage, Köln 2012.
<i>Zöllner, Wolfgang</i>	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963.
<i>Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich</i>	Geltendmachung von Beschlussmängeln im GmbH-Recht, in: ZGR 1989, S. 525 ff.

Fußnoten

- ¹ Zum Teil wird auch allgemein der Begriff „Nonprofit Governance“ verwendet.
- ² Vgl. dazu mit weiteren zahlreichen Nachweisen insbesondere *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 528 ff.; *Hopt*, in: *Hopt/von Hippel/Walz*, Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 243 ff.; *Steuber*, DStR 2006, S. 1182 ff.; *Ott*, in: *Gedächtnisschrift für Walz*, S. 505 ff.
- ³ Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger BGB* (2011), § 86, Rdnr. 44; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 528.
- ⁴ *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger BGB* (2011), § 86, Rdnr. 44; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 206 ff. Umstritten ist, wer in diesem Denkmodell bei der Stiftung die Rolle des „principal“ übernimmt. Zum Teil wird auf den Stifter oder die Stiftungsdestinatäre abgestellt; andere sehen die Stiftung selbst als „principal“ an. Vgl. dazu *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger BGB* (2011), § 86, Rdnr. 44.
- ⁵ *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger BGB* (2011), § 86, Rdnr. 44.
- ⁶ Vgl. etwa *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 350. Zu einem Überblick über weitere denkbare Lösungswege vgl. *Hopt*, in: *Hopt/von Hippel/Walz*, Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 243 (250 ff.).
- ⁷ Für die selbstständige Stiftung: *Hof/Bianchini-Hartmann/Richter*, Stiftungen, S. 474; *Eickelberg*, in: *Dorsel*, Kölner Formularbuch Erbrecht, 13. Kapitel, Rdnr. 100; *Hof*, in: *Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Band 1, Gesellschaftsrecht, VIII 1; *Krauß*, in: *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 123, Rdnr. 112; *Mutter*, in: *Brambring/Mutter*, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, H II 1 und H II 2; v. *Holt/Koch*, Stiftungssatzung, S. 87, 144; Mustersatzung der Regierung von Niederbayern, www.regierung.niederbayern.bayern.de/imperia/md/content/regob/internet/dokumente/29.12.2012.
Für die unselbstständige Stiftung: *Wachter*, Stiftungen, Teil F, Rdnr. 15; *Hof/Bianchini-Hartmann/Richter*, Stiftungen, S. 481; *Eickelberg*, in: *Dorsel*, Kölner Formularbuch Erbrecht, 13. Kapitel, Rdnr. 104; *Hof*, in: *Heidenhain/Meister*, Münchener Vertragshandbuch, Band 1, Gesellschaftsrecht, VIII 6; *Krauß*, in: *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 123, Rdnr. 116; *Mutter*, in: *Brambring/Mutter*, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, H II 3.

- 8 Für die selbstständige Stiftung: *Rawert*, in: Hoffmann-Becking/Rawert, Beck'sches Formularbuch, I 26; *Wachter*, Stiftungen, Teil D, Rdnr. 36; *Fleckenstein*, in: Wurm/Wagner/Zartmann, Das Rechtsformularbuch, Kapitel 2, Rdnr. 21, Muster 2.2; beim Muster für eine Familienstiftung sieht er hingegen eine Entlastungskompetenz vor, vgl. Muster 2.3.
Für die unselbstständige Stiftung: *Rawert*, in: Hoffmann-Becking/Rawert, Beck'sches Formularbuch, I 32.
- 9 *Bouwman*, Die Bedeutung der staatsrechtlichen Entlastung, S. 5 f.; *Bonse*, Die Entlastung des leitenden Gemeindebeamten, S. 30.
- 10 *Bouwman*, Die Bedeutung der staatsrechtlichen Entlastung, S. 7; *Bonse*, Entlastung des leitenden Gemeindebeamten, S. 30 ff.; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 7; jeweils mit Nachweisen.
- 11 *Bonse*, Die Entlastung des leitenden Gemeindebeamten, S. 32 ff., mit Nachweisen.
- 12 Art. 104 Abs. 2 Satz 2 Preußische Verfassung vom 31.01.1850; Art. 72 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16.04.1871; Art. 86 Weimarer Reichsverfassung vom 11.08.1919; Art. 114 Abs. 2 Satz 2 GG. Für die Länderverfassungen vgl. beispielhaft Art. 70 Satz 1 Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 06.06.1952. Zur Geschichte der staatsrechtlichen Entlastung in Deutschland vgl. ausführlich *Bouwman*, Die Bedeutung der staatsrechtlichen Entlastung, S. 8 ff.
- 13 1. Theil, Vierzehnter Titel, Zweyter Abschnitt, §§ 109 ff., „Von Verwaltung fremder Sachen und Güter“, insbesondere §§ 133 ff. (Rechnungslegung) und §§ 145 ff. (Quittung) ALR.
- 14 1. Theil, Vierzehnter Titel, Zweyter Abschnitt, § 135 ALR.
- 15 1. Theil, Vierzehnter Titel, Zweyter Abschnitt, § 145 ALR.
- 16 1. Theil, Vierzehnter Titel, Zweyter Abschnitt, §§ 146 ff. ALR.
- 17 § 260 Abs. 1 HGB i.d.F. vom 10.05.1897.
- 18 § 46 Nr. 5 GmbHG i.d.F. vom 20.05.1898.
- 19 Die ausdrückliche Zuständigkeitsregelung des § 48 Abs. 1 Satz 2 GenG ist allerdings erst durch das Gesetz zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes vom 20.12.1933, RGBl. I 1933, S. 1089 ff., eingeführt worden. Im Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung vom 20.05.1898, RGBl. I 1898, S. 810 ff., war die Entlastung nur beiläufig in § 37 Abs. 2 erwähnt.
- 20 Für die Personengesellschaft vgl. BGH, DStR 1991, S. 1355 f.; A. Hueck, Das Recht der OHG, S. 190 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 428 f.; Römer, DB 1964, S. 175 (178 f.); *Rawert*, in: MünchKomm HGB, § 114, Rdnr. 71 ff. Im Einzelnen zur Entlastung im Personengesellschaftsrecht vgl. *Borsche*, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften. Für den Verein vgl. RG, JW 1936, S. 1893; BGHZ 24, S. 47 (54); OLG Köln, NJW-RR 1997, S. 483; *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 27, Rdnr. 47 f.; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rdnr. 289; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht,

Rdnr. 2667 ff.

- ²¹ *Borsche*, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, S. 31; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 428 f.; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (281). Vgl. auch BGH, DStR 1991, S. 1355.
- ²² Für die Genossenschaft vgl. RGZ 12, S. 74 (77); 13, S. 43 (51); RG, DR 1939, S. 2164 (2167); BGH, DStR 2004, S. 513 (515); OLG Hamburg, BB 1960, S. 996. Für die GmbH vgl. RG, JW 1926, S. 2904; RG, DR 1941, S. 506 (508); BGH, NJW 1959, S. 192 (194).
Für den Verein vgl. BGHZ 24, S. 47 (54); BGH, NJW 1987, S. 2430 (2431); NJW-RR 1988, S. 744 (748).
Für die Personengesellschaften vgl. BGH, DStR 1991, S. 1355 f.
- ²³ RGZ 18, S. 56 (63); 44, S. 66 (69).
- ²⁴ Durch das Aktiengesetz 1937 wurde § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG alte Fassung neu eingeführt. Danach konnte die AG nur dann auf einen Ersatzanspruch verzichten oder sich über diesen vergleichen, wenn fünf Jahre seit seiner Entstehung verstrichen waren, die Hauptversammlung zustimmte und nicht eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals erreichten, widersprach. Hieraus wurde überwiegend gefolgert, dass eine Entlastung, bei der diese Voraussetzungen nicht beachtet wurden, nicht länger Verzichtswirkung habe (vgl. die Nachweise bei *Brox*, BB 1960, S. 1226 (1227)). Der BGH vertrat in BGHZ 29, S. 385 (389 f.) demgegenüber die Ansicht, dass diese Bestimmung dem Schutz der Minderheitsaktionäre diene, so dass eine von allen Aktionären beschlossene Entlastung gleichwohl wie ein Verzicht auf Ersatzansprüche oder das Anerkenntnis deren Nichtbestehens wirke. Dieser Rechtsprechung trat der Gesetzgeber entgegen und ordnete in § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG 1965 ausdrücklich an, dass mit einer Entlastung im Aktienrecht kein Anspruchsverzicht verbunden ist.
Hintergrund für die Neuregelung durch das Aktiengesetz 1937 war das Bestreben, die Machtverhältnisse zwischen den Organen bei der AG neu zu ordnen. Die Hauptversammlung verlor ihre Allzuständigkeit als oberstes Willensbildungsorgan der AG und sollte nur noch über die durch Gesetz oder Satzung ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse verfügen.
- ²⁵ Vgl. § 1892 Abs. 2 Satz 2 BGB. Vgl. dazu *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 73 III, Rdnr. 20; *Zimmermann*, in: Soergel BGB, § 1892, Rdnr. 4; *Engler*, in: Staudinger BGB (2004), § 1892, Rdnr. 15 ff.
- ²⁶ *Bonefeld*, in: Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, § 42.
- ²⁷ BGH, NJW 2003, S. 3124 (3126); NJW 2003, S. 3554 (3555); *Merle*, in: Bärmann, WEG, § 28, Rdnr. 125 ff.; *Gottschalg*, in: Weitnauer, WEG, § 28, Rdnr. 31; *Jennißen*, in: Jennißen, WEG, § 28, Rdnr. 20 ff.; *Hügel*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 28 WEG, Rdnr. 21.
- ²⁸ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2, S. 351; *A. Hueck*, Das Recht der OHG, S. 191; *Isele*, Geschäftsbesorgung, S. 133; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 6.

- 29 Teilweise wird von der Entlastung als Korrelat der Rechenschaftspflicht gesprochen, vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2, S. 351; *Isele*, Geschäftsbesorgung, S. 133; *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 2.
- 30 Dieser Anspruch ist zum Teil im Gesetz ausdrücklich normiert: z.B. § 666 BGB (Auftrag), § 675 BGB (Geschäftsbesorgung), § 681 BGB (GoA), § 687 Abs. 2 BGB (angemaßte Eigengeschäftsführung), § 713 BGB (GbR), § 1698 BGB (Eltern nach Beendigung der Vermögensverwaltung), §§ 1890, 1908i BGB (Vormund und Betreuer), § 2130 Abs. 2 BGB (Vorerbe), § 2218 BGB (Testamentsvollstrecker), § 27 Abs. 3 BGB (Verein), §§ 118, 166, 233 HGB, § 131 AktG, § 51a GmbHG. Im Übrigen ergibt er sich aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der aus einer Zusammenschau von §§ 666, 675, 682, 687 Abs. 2 i.V.m. § 242 BGB hergeleitet wird. Vgl. RGZ 73, S. 238 (243); BGH, NJW 1954, S. 70 (71); NJW 1959, S. 1963; NJW 1979, S. 1304 (1305) (ständige Rspr.); *Seiler*, in: MünchKomm BGB, § 666, Rdnr. 4; *Grüneberg*, in: Palandt BGB, § 259, Rdnr. 5.
- 31 Vgl. *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 14.
- 32 Vgl. *Seiler*, in: MünchKomm BGB, § 666, Rdnr. 1.
- 33 Z.B. §§ 118, 166, 233 HGB, § 131 AktG, § 51a GmbHG.
- 34 *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 15.
- 35 Vgl. *Unberath*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 259, Rdnr. 10; *Grüneberg*, in: Palandt BGB, § 259, Rdnr. 8.
- 36 RGZ 127, S. 243 (244); BGH, WM 1988, S. 531 (535); *Seiler*, in: MünchKomm BGB, § 666, Rdnr. 8.
- 37 Zum Verfahren der Rechnungslegung im Vorfeld der Entlastungsentscheidung bei den einzelnen Verbandsarten vgl. *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 28 ff. Zur Bedeutung der einzelnen Rechnungslegungsunterlagen für die Informationsgewinnung durch die Mitgliederversammlung vgl. *Schmeling*, Die Entlastung von Mitgliedern geschäftsführender Organe im Recht der Kapitalgesellschaften, S. 21 ff.
- 38 Zur Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses bei Informationsmängeln vgl. *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 45; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (297 f.); jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Vgl. auch BGH, AG 2008, S. 83 ff., mit Anmerkung *Graff*, AG 2008, S. 479 ff., wonach das satzungswidrige Fehlen eines Lageberichts trotz Ankündigung seiner Vorlage in der Einladung zur Hauptversammlung zur Anfechtbarkeit der Entlastung des Vorstands führt.
- 39 *K. Schmidt*, ZGR 1978, S. 425 (433 f.); *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 274; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 64. Strittig ist, ob die Präklusionswirkung nur dann eintritt, wenn der Beschluss mitgeteilt worden ist, oder auch dann, wenn das Geschäftsführungsorgan anderweitig von

ihm erfährt. Vgl. unten S. 30.

- ⁴⁰ Für die Genossenschaft vgl. RGZ 12, S. 74 (77); 13, S. 43 (51); RG, DR 1939, S. 2164 (2167); BGH, DStR 2004, S. 513 (515); OLG Hamburg, BB 1960, S. 996.
Für die GmbH vgl. RG, JW 1926, S. 2904; RG, DR 1941, S. 506 (508); BGH, NJW 1959, S. 192 (194).
Für den Verein vgl. BGHZ 24, S. 47 (54); BGH, NJW 1987, S. 2430 (2431); NJW-RR 1988, S. 744 (748).
Für die Personengesellschaften vgl. BGH, DStR 1991, S. 1355 f.
- ⁴¹ Zu der Frage, inwieweit andere Sanktionen durch einen Entlastungsbeschluss präkludiert sein können, vgl. *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 28 ff.
- ⁴² Vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 94; *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 102.
- ⁴³ Vgl. BGH, NJW 1986, S. 2250 (2251); *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 94; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 95.
- ⁴⁴ BGH, NJW 1969, S. 131; BGHZ 94, S. 324 (326); *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 65.
- ⁴⁵ Vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 98; *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 46, Rdnr. 37; *Sethe*, ZIP 1996, S. 1321 (1324).
- ⁴⁶ *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 27, Rdnr. 48; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, Rdnr. 289.
- ⁴⁷ Vgl. *Borsche*, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, S. 81; *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 25.
- ⁴⁸ *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 120, Rdnr. 13; *Zöllner*, in: Kölner Komm AktG, § 120, Rdnr. 11; *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, § 120, Rdnr. 6.
- ⁴⁹ § 278 Abs. 3 i.V.m. § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG.
- ⁵⁰ *Beuthin*, GenG, § 48, Rdnr. 7; *Keßler*, in: Berliner Komm GenG, §§ 48, 49, 50, Rdnr. 19.
- ⁵¹ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 88; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 48.
- ⁵² *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 27, Rdnr. 48.
- ⁵³ Gleiches dürfte auch für Personengesellschaften gelten, vgl. *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 25 f.
- ⁵⁴ Vgl. S. 20.
- ⁵⁵ BGHZ 94, S. 324 (326); *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (290); *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 25; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 89. Vgl. auch *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 259 f.; *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 46, Rdnr. 30; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und öffentlichen Recht, S. 31.
- ⁵⁶ RGZ 76, S. 244 (248); *Buchner*, GmbHR 1988, S. 9 (11 f.).

- ⁵⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, S. 1252 (1253); OLG München, WM 1991, S. 1843 (1851); *Mülbert*, in: GroßKomm AktG, § 120, Rdnr. 76.
- ⁵⁸ BGHZ 94, S. 324 (327); *Priester*, in: Festschrift für Rowedder, S. 369 (370); *Rawert*, in: MünchKomm HGB, § 114, Rdnr. 71. Insbesondere *Tellis*, GmbHR 1989, S. 113 (115), betont, dass die Entlastung auch der Zweckmäßigkeitskontrolle der Verwaltungstätigkeit durch den Verband dient.
- ⁵⁹ Vgl. BGHZ 94, S. 324 (327). Zu den Grenzen dieses Ermessens siehe unten S. 94.
- ⁶⁰ Vgl. BGHZ 153, S. 47 (50 f.); *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 26 f.; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (292 ff.).
- ⁶¹ BGHZ 94, S. 324 (326); *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 89; *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 29; OLG Hamburg, BB 1960, S. 996; OLG Hamm, GmbHR 1992, S. 802 (803); *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 46, Rdnr. 30; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (301); *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG, § 46, Rdnr. 135. Relativierend allerdings *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 61, wonach es sich bei dem Vertrauen in die künftige Geschäftsführung lediglich um einen „Nebenaspekt“ der Entlastung handeln soll.
- ⁶² *Graff*, AG 2008, S. 479 (480). Vgl. auch *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 27 f., der betont, dass auch privates Fehlverhalten des Organs zu einem Vertrauensverlust führen kann.
- ⁶³ BGHZ 94, S. 324 (326).
- ⁶⁴ *Buchner*, GmbHR 1988, S. 9 (13); *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 42 f.; *Borsche*, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, S. 69c.
- ⁶⁵ Vom Inhalt des Entlastungsbeschlusses hängt es u.a. ab, ob dieser durch überstimmte Verbandsmitglieder angefochten und ein Anspruch auf Entlastung anerkannt werden kann (vgl. dazu unten S. 99 ff. und S. 103 ff.). Häufig gewinnt man den Eindruck, dass die Diskussion um den Inhalt des Entlastungsbeschlusses allein vor dem Hintergrund dieser Folgewirkungen geführt wird. Es wird dem Beschluss gerade der Inhalt beigemessen, der im Hinblick auf die Anfechtbarkeit bzw. den Anspruch auf Entlastung zum rechtspolitisch gewünschten Ergebnis führt.
- ⁶⁶ Zu den unterschiedlichen Funktionen der Entlastung vgl. S. 18 ff.
- ⁶⁷ Ebenso *Tellis*, GmbHR 1989, S. 113 (115).
- ⁶⁸ *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 43.
- ⁶⁹ Im Ergebnis ebenso *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 43; *Buchner*, GmbHR 1988, S. 9 (13); *Borsche*, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, S. 69c.
- ⁷⁰ Soweit keine vorrangig anzuwendenden Sonderregelungen eingreifen, gilt für Schadenersatzansprüche wegen der Schlechterfüllung von Pflichten in Geschäftsbesorgungsverhältnissen weitesten Sinnes die regelmäßige

Verjährungsfrist von drei Jahren, §§ 195, 199 BGB.

- 71 Schönle, ZHR 1964, S. 199 (218); Knoche, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 23; Borsche, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, S. 71 ff.; Wagner, Die Natur der Entlastung im Gesellschaftsrecht, S. 11.
- 72 Deshalb ist die Entlastung teilweise auch als einseitig begünstigender „Gnadenakt der Generalversammlung“ bezeichnet worden; vgl. Piconi, Der Entlastungsbeschluss (Decharge), S. 150.
- 73 Knoche, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 27; Borsche, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, S. 73.
- 74 Knoche, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 28; Schmeling, Die Entlastung von Mitgliedern geschäftsführender Organe im Recht der Kapitalgesellschaften, S. 20.
- 75 Die Bedeutung der Entlastung als Mittel einer nachträglichen Zweckmäßigkeitskontrolle betonen insbesondere Tellis und Graff. Es müsse dem Geschäftsherrn möglich sein, das Handeln der Personen, von denen die Erreichung des Unternehmenszwecks abhängt, umfassend zu überprüfen. Beschränke sich die Kontrolle auf das Bestehen von Pflichtverletzungen und Regressansprüchen, sei sie unzulänglich, denn nicht jede verbandsschädliche Handlung löse eine Schadenersatzpflicht aus. Vgl. Tellis, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 14 ff.; ders., GmbHR 1989, S. 113 (115 f.); Graff, AG 2008, S. 479 (480).
- 76 Barner, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 68 f.; Tellis, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 22.
- 77 Vgl. Weitemeyer, ZGR 2005, S. 280 (301); Knoche, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 28; Tellis, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 18.
- 78 Graff, AG 2008, S. 479 (480 f.).
- 79 Weitemeyer, ZGR 2005, S. 280 (294).
- 80 Tellis, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 22.
- 81 BGHZ 83, S. 122.
- 82 BGHZ 159, S. 30 (Gelatine I); BGH, ZIP 2004, S. 1001 (Gelatine II).
- 83 Vgl. Tellis, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 23. Vgl. auch Siems, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131, Rdnr. 31; Spindler, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 131, Rdnr. 48, wonach im Zusammenhang mit der Entlastungsentscheidung nur sehr wenige Fragen als unzulässig anzusehen sind.
- 84 Zu den Informationsrechten beim Verein vgl. Reuter, in: MünchKommBGB, § 38, Rdnr. 37 ff. Bei der Genossenschaft besteht gemäß §§ 47 Abs. 4, 48 Abs. 2 GenG nur das Recht auf Einsicht in die Niederschrift über die Beschlüsse der Generalversammlung sowie auf Einsicht und Abschrift des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Berichts des Aufsichtsrats. Vgl. dazu Cario, in:

Lang/Weidmüller, GenG, § 47, Rdnr. 16 ff.

- ⁸⁵ Vgl. *Schmeling*, Die Entlastung von Mitgliedern geschäftsführender Organe im Recht der Kapitalgesellschaften, S. 20; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 28.
- ⁸⁶ *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 42.
- ⁸⁷ *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 28.
- ⁸⁸ Die diskriminierende Wirkung einer ungerechtfertigten Entlastungsverweigerung wird von Teilen der Literatur als Grund angeführt, warum es einen Anspruch auf Entlastung geben müsse bzw. eine auf die Feststellung gerichtete Klage, dass keine Schadenersatzansprüche gegen das Geschäftsführungsorgan bestehen, unter erleichterten Voraussetzungen zulässig sein soll. Vgl. dazu unten S. 102.
- ⁸⁹ Grundlegende Kritik bei *K. Schmidt*, ZGR 1978, S. 425 ff. Vgl. auch die Darstellungen von *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 49 ff.; *Borsche*, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, S. 35 ff.; *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 44 ff.; *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 42 ff.; *Wagner*, Die Rechtsnatur der Entlastung im Gesellschaftsrecht, S. 11 ff.; *Schmeling*, Die Entlastung von Mitgliedern geschäftsführender Organe im Recht der Kapitalgesellschaften, S. 86 ff.; *Schönle*, ZHR 1964, S. 199 ff.
- ⁹⁰ RGZ 106, S. 258 (262); 115, S. 246 (250).
- ⁹¹ RGZ 76, S. 244 (248).
- ⁹² *Boesebeck*, Anmerkung zu RG, JW 1935, S. 921 (922); *Brox*, BB 1960, S. 1226.
- ⁹³ Vgl. *Picenoni*, Der Entlastungsbeschluss (Decharge), S. 11.
- ⁹⁴ Vgl. *Wagner*, Die Rechtsnatur der Entlastung im Gesellschaftsrecht, S. 36.
- ⁹⁵ *Buchner*, GmbHR 1988, S. 9 (11).
- ⁹⁶ *A. Hueck*, GmbHR 1959, S. 189 (190); *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2, S. 353; BGHZ 24, S. 47 (54).
- ⁹⁷ *Hoeningner*, DJZ 1922, S. 144 (145).
- ⁹⁸ *Quassowski*, in: Schlegelberger, AktG, § 104, Rdnr. 4; RGZ 167, S. 151 (166).
- ⁹⁹ Vgl. *Schönle*, ZHR 1964, S. 199 (205 ff.).
- ¹⁰⁰ *Heckenberger*, Die Entlastung bei den Aktien-Gesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, S. 91.
- ¹⁰¹ BGH, WM 1987, S. 651 (652). Zwar hat der BGH (NJW-RR 2008, S. 907 ff.) erst kürzlich zur Entlastung des Vorstands einer AG entschieden, dass der Beschluss anfechtbar ist, wenn der in der Tagesordnung der Hauptversammlung angekündigte Lagebericht nicht vorgelegt wird. Es ist jedoch unzweifelhaft, dass alle Mitglieder des Aufsichtsgremiums auf die Vorlage der Rechenschaftsunterlagen verzichten und gleichwohl Entlastung erteilen können.

- ¹⁰² *Schifferer*, Die Entlastung der Organe einer Aktiengesellschaft, S. 31.
- ¹⁰³ *Boesebeck*, ZAkDR 1935, S. 675 (676); *ders.*, Anmerkung zu RG, JW 1935, S. 921 (922); *Schönle*, ZHR 1964, S. 199 (203); *Wagner*, Die Rechtsnatur der Entlastung im Gesellschaftsrecht, S. 20; *A. Hueck*, GmbHR 1959, S. 189 (190).
- ¹⁰⁴ Vgl. statt aller *Armbrüster*, in: MünchKomm BGB, Vor § 116, Rdnr. 8. Zu den Fällen, in denen Stillschweigen ausnahmsweise als konkludente Erklärung gewertet wird, und zum Problem des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben vgl. *Armbrüster*, in: MünchKomm BGB, Vor § 116, Rdnr. 7 ff.
- ¹⁰⁵ Zu den im Einzelnen umstrittenen Anforderungen an die äußere Kundgabe der Erklärung vgl. *Bork*, in: Staudinger BGB (2010), § 151, Rdnr. 15; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 382.
- ¹⁰⁶ *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 53 f.; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (286 f.).
- ¹⁰⁷ Die Zuständigkeit der Gesellschafter zur Erteilung der Entlastung ergibt sich aus § 46 Nr. 5 GmbHG. Der Abschluss von Generalvereinbarungsverträgen unterliegt nicht der Vertretungsmacht der Geschäftsführer, sondern fällt als Annexkompetenz zu § 46 Nr. 5 und 8 GmbHG ebenfalls in die Zuständigkeit der Gesellschafter, vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 104.
- ¹⁰⁸ Verfügt die GmbH über einen fakultativen Aufsichtsrat, wird sie gegenüber ihren Geschäftsführern nach § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 112 AktG durch den Aufsichtsrat vertreten, wenn die Satzung keine abweichende Regelung enthält. Bei der mitbestimmten GmbH ergibt sich die Vertretungsmacht des Aufsichtsrats sogar aus zwingendem Recht (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, 3 Abs. 2 MontanMitbestG, 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG jeweils i.V.m. § 112 AktG).
- ¹⁰⁹ Genossenschaften werden beim Abschluss von Verzichtverträgen und negativen Schuldanerkenntnissen mit dem Vorstand gemäß § 39 Abs. 1 GenG durch den Aufsichtsrat vertreten. Für die Erteilung der Entlastung ist gemäß § 48 Abs. 1 Satz 2 GenG hingegen die Generalversammlung zuständig.
- ¹¹⁰ Beim Verein wird die Entlastung von der Mitgliederversammlung erteilt, wenn die Satzung keine abweichende Zuständigkeit vorsieht, vgl. *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 27, Rdnr. 47. Beim Abschluss von Verträgen mit einem Vereinsvorstand wird der Verein hingegen nach allgemeinen Regeln von den übrigen Vorstandsmitgliedern vertreten (vgl. §§ 26, 28, 34 BGB). Die Mitgliederversammlung hat keine Vertretungsmacht.
- ¹¹¹ Das Rechtsinstitut der Entlastung findet im Personengesellschaftsrecht dann keine Anwendung, wenn alle Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt sind (*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 428 f.; BGH, DStR 1991, S. 1355). Entlastung kann aber unstreitig erteilt werden, wenn einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. In diesem Fall können die Gesellschafter unter Ausschluss der betroffenen geschäftsführenden Gesellschafter, aber unter Mitwirkung der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter einen

Entlastungsbeschluss fassen. Ein Verzichtsvertrag wird hingegen für die Gesellschaft nach allgemeinen Regeln von den anderen vertretungsberechtigten Gesellschaftern mit dem betroffenen Gesellschafter abgeschlossen.

- 112 *Boesebeck*, Anmerkungen zu RG, JW 1935, S. 921 (922); *ders.*, ZAkDR 1935, S. 675 (676); *Wagner*, Die Rechtsnatur der Entlastung im Gesellschaftsrecht, S. 36; *Brox*, BB 1960, S. 1226.
- 113 Dies gilt selbst dann, wenn das Organ nicht nur einfach pflichtwidrig handelt, sondern sogar seine Geschäftsführungskompetenzen im Innenverhältnis überschreitet, vgl. BGH, NJW-RR 1989, S. 1255 (1257); *Sprau*, in: Palandt BGB, § 677, Rdnr. 11; § 713, Rdnr. 11.
- 114 Eingehend zum dogmatischen Streit zwischen der sog. Organtheorie und der sog. Vertretertheorie vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 250 ff.
- 115 Vgl. *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 64.
- 116 *Picenoni*, Der Entlastungsbeschluss (Decharge), S. 11.
- 117 *Wagner*, Die Rechtsnatur der Entlastung im Gesellschaftsrecht, S. 36.
- 118 *Buchner*, GmbHR 1988, S. 9 (11).
- 119 BGHZ 24, S. 47 (54); BGHZ 29, S. 385 (390); BGH, NJW 1959, S. 192 (193).
- 120 Nachweise bei *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I/2, S. 352.
- 121 Vgl. etwa *Grüneberg*, in: Palandt BGB, § 397, Rdnr. 12.
- 122 Vgl. §§ 875, 928, 959, 1064, 1255 BGB.
- 123 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 430.
- 124 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 91; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 610.
- 125 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 430.
- 126 Grundlegend *K. Schmidt*, ZGR 1978, S. 426 ff.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 430 f.; *ders.*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 91. Ihm folgend: *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 24; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 71 ff.; *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 78 ff.; *Nägele/Nestel*, BB 2000, S. 1253 (1254); *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 61 ff.; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (287 f.); *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 277; *Priester*, in: Festschrift für Rowedder, S. 369 (371 f.).
- 127 Nach herrschender Meinung – jedoch entgegen hier vertretener Ansicht – ist zusätzlicher Beschlussgegenstand auch das Vertrauen in das Geschäftsführungsorgan für die Zukunft.
- 128 *Hoeninge*, DJZ 1922, S. 143 (145).
- 129 Dies war unter der Geltung des ALR noch anders: Nach §§ 145 ff. ALR waren Entlastung und Quittung gleichbedeutend.
- 130 *Gernhuber*, Erfüllung, S. 526; *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 66 f.; *Olzen*, in: Staudinger BGB (2006), § 368, Rdnr. 7.

- ¹³¹ *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2009), § 242, Rdnr. 292 ff.; *Teichmann*, JA 1985, S. 497 (501 f.); *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 73 f.
- ¹³² Vgl. *Teichmann*, JA 1985, S. 497 (502); *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2009), § 242, Rdnr. 297.
- ¹³³ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 91; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 74 ff.
- ¹³⁴ Siehe S. 25.
- ¹³⁵ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 433.
- ¹³⁶ *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 90; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 76.
- ¹³⁷ So aber *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 64.
- ¹³⁸ So auch *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 64.
- ¹³⁹ *Teichmann*, JA 1985, S. 497 (501); *Roth/Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242, Rdnr. 291; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2009), § 242, Rdnr. 294.
- ¹⁴⁰ Siehe unten S. 135.
- ¹⁴¹ *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2009), § 242, Rdnr. 297; *Teichmann*, JA 1985, S. 497 (502).
- ¹⁴² *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 95; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 610; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 67.
- ¹⁴³ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 98; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 610.
- ¹⁴⁴ St. Rspr. BGHZ 3, S. 94 (104); 12, S. 286 (304); 31, S. 77 (84 f.); *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2009), § 242, Rdnr. 322; *Grüneberg*, in: Palandt BGB, § 242, Rdnr. 21.
- ¹⁴⁵ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 90. Ebenso – wenn auch auf anderer dogmatischer Grundlage – RG, DR 1941, S. 506 (508); *A. Hueck*, GmbHR 1959, S. 189 (190).
- ¹⁴⁶ Vgl. dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 433.
- ¹⁴⁷ Vgl. BVerwG, NJW 1998, S. 2545 (2546); BayObLG, NJW 1973, S. 249; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 1; *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 51; v. *Campenhausen*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 1, Rdnr. 6; *O. Werner*, in: Erman BGB, Vor § 80, Rdnr. 7. Anders *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 655 ff. Dieser erkennt zwar an, dass eine Stiftung keine formalen Mitglieder haben kann. Die Stiftung soll einer Körperschaft aber dadurch angenähert werden können, dass bestimmten Personen durch die Stiftungsverfassung Rechte und Kompetenzen eingeräumt werden, die denen eines Mitglieds einer Körperschaft vergleichbar sind.

- 148 BGHZ 99, S. 344 (348); *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), § 81, Rdnr. 12.
- 149 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 447; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 135.
- 150 *Nissel*, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 234.
- 151 *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 79; *Backert*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 80, Rdnr. 27; *Nissel*, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 233.
- 152 Nach § 87 BGB ist die Stiftungsaufsicht berechtigt, den Stiftungszweck durch Hoheitsakt zu ändern, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder sie das Gemeinwohl gefährdet. Unter welchen Voraussetzungen Stiftungsorgane ermächtigt werden können, den Stiftungszweck sich verändernden Umständen anzupassen, ist umstritten. Vgl. zum Meinungsstand *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 87, Rdnr. 5 ff.; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 7, Rdnr. 121 ff.; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), § 87, Rdnr. 17.
- 153 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 117 f.; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 9, Rdnr. 61 ff.
- 154 Dies folgt ebenfalls aus § 80 Abs. 2 BGB. Danach ist es erforderlich, dass die Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint.
- 155 Herrschende Meinung, vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 8; *Strickrodt*, Stiftungsrecht, S. 166; *Rawert*, in: Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (116 f.). A.A. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 132 ff.; *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 225.
- 156 Nur in diesem Fall ist eine Verselbstständigung des Stiftungsvermögens erforderlich, vgl. *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 56 ff.; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), § 81, Rdnr. 46.
- 157 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 8; *Rawert*, in: Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (117 f.); *Andrick*, Stiftungsrecht und Stiftungsaufsicht, S. 55; *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 60.
- 158 Vgl. grundlegend zur Vermögensausstattung der Stiftung nach der Modernisierung des Stiftungsrechts im Jahre 2002 *Hüttemann*, in: Festschrift für Werner, S. 85 ff.
- 159 Vgl. *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 63.
- 160 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 35; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 7, Rdnr. 27; *Helios/Friedrich*, in: Münch. Hdb. GesR, Band V, § 95, Rdnr. 8 f.
- 161 Eine nur vorübergehende Vermögenslosigkeit schadet hingegen nicht, vgl. *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 34.
- 162 Im Einzelnen zu den Folgen eines Vermögensverfalls vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 9, Rdnr. 191.

- ¹⁶³ § 7 Abs. 2 BWStiftG; Art. 6 Abs. 2 BayStiftG; § 3 BlnStiftG; § 7 Abs. 1 BreStiftG; § 4 Abs. 2 Satz 3 HbgStiftG; § 6 Abs. 1 HeStiftG; § 6 Abs. 1 Satz 1 NdsStiftG; § 4 Abs. 2 Satz 1 NRWStiftG; § 7 Abs. 2 Satz 1 RhPfStiftG; § 6 Abs. 1 Satz 1 SaarStiftG; § 4 Abs. 3 Satz 1 SächsStiftG; 7 Abs. 2 Satz 1 S-AStiftG; § 4 Abs. 2 Satz 1 S-HStiftG; § 8 Abs. 2 Satz 1 ThStiftG.
- ¹⁶⁴ Schwake, in: Münch. Hdb. GesR, Band V, § 79, Rdnr. 46; Schwintek, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 34. Eine Ausnahme von der Vermögenserhaltungspflicht besteht für die sog. Verbrauchsstiftungen. Dies sind Stiftungen, die nach dem Stiftungsgeschäft den Stiftungszweck gerade durch Verbrauch der Substanz des zugewendeten Vermögens verwirklichen sollen (z.B. Stiftung für den Wiederaufbau der Dresdner Frauenkirche). Zur Verbrauchsstiftung vgl. im Einzelnen Reuter, in: MünchKomm BGB, §§ 80, 81, Rdnr. 18 f.; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger BGB (2011), § 81, Rdnr. 57 f.
- ¹⁶⁵ Die Admassierungsverbote schließen die Zuführung von Erträgen des Stiftungsvermögens zum Grundstockvermögen grundsätzlich aus. Zu unterscheiden sind das steuerrechtliche und das stiftungsrechtliche Admassierungsverbot. Das steuerrechtliche Admassierungsverbot ist in § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO geregelt und gilt ausschließlich für gemeinnützige Stiftungen. Danach muss die Stiftung selbstlos tätig sein, darf also nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgen, und muss ihre Mittel ausschließlich und zeitnah für die satzungsmäßigen Zwecke verwenden. Das stiftungsrechtliche Admassierungsverbot gilt hingegen auch für privatnützige Stiftungen. Es folgt aus der Bindung an den Stiftungszweck und dem daraus folgenden Gebot der Verwendung der Stiftungserträge für den Stiftungszweck (Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 494 f.). Es ist in einer Vielzahl von Landesstiftungsgesetzen ausdrücklich geregelt: Art. 6 Abs. 3 BayStiftG; § 7 Abs. 3 Satz 1 BreStiftG; § 4 Abs. 3 HbgStiftG; § 6 Abs. 3 He-StiftG; § 6 Abs. 2 NdsStiftG; § 4 Abs. 3 NRWStiftG; § 7 Abs. 3 RhPfStiftG; § 6 Abs. 2 SaarStiftG; § 7 Abs. 3 S-AStiftG; § 4 Abs. 3 S-HStiftG, § 8 Abs. 3 ThStiftG. Ausführlich zu den Admassierungsverboten und zur Verwendung von Erträgen vgl. Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 494 ff.; Hof, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 9, Rdnr. 18 ff., 137 ff.
- ¹⁶⁶ O. Werner, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 408; Schwintek, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 36; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 11.
- ¹⁶⁷ Siehe oben S. 18 ff.
- ¹⁶⁸ Siehe oben S. 11 f.
- ¹⁶⁹ Hof, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 21; Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 203.
- ¹⁷⁰ Vgl. Schulte, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, Kapitel 28.2.
- ¹⁷¹ Die Befugnisse finden sich jedoch nicht in allen Landesstiftungsgesetzen. Zu

weiteren Aufsichtsmitteln vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 207 f.; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 99; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 123 ff.; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, §§ 7, 8; *Schulte*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, Kapitel 29.

172 § 9 Abs. 3 BWStiftG; Art. 12 Abs. 3 BayStiftG; § 8 Abs. 3 BlnStiftG; § 6 Abs. 2, 3 BbgStiftG; § 12 BreStiftG; § 5 Abs. 2 HbgStiftG; § 12 Abs. 2 HeStiftG; § 4 Abs. 2 M-VStiftG; § 11 Abs. 3 NdsStiftG; § 7 Abs. 1 NRWStiftG; § 9 Abs. 2 RhPfStiftG; § 11 Abs. 2 SaarStiftG; § 6 Abs. 2, 4 SächsStiftG; § 7 Abs. 5, 6 S-AStiftG; § 10 S-HStiftG; § 12 Abs. 2 ThStiftG.

173 § 9 Abs. 1, 2 BWStiftG; Art. 12 Abs. 3 BayStiftG; § 9 Abs. 1, 2 BlnStiftG; § 7 Abs. 2 BbgStiftG; § 12 Abs. 1 BreStiftG; § 6 Abs. 1 HbgStiftG; § 12 Abs. 1 HeStiftG; § 5 M-VStiftG; § 11 Abs. 1 NdsStiftG; § 7 Abs. 3 NRWStiftG; § 9 Abs. 3 RhPfStiftG; § 11 Abs. 1 SaarStiftG; § 7 Abs. 1 SächsStiftG; § 19 Abs. 2 S-AStiftG; § 8 Abs. 2 S-HStiftG; § 12 Abs. 3 ThStiftG.

174 §§ 10 f. BWStiftG; Art. 12 Abs. 4 BayStiftG; § 9 Abs. 3, 4 BlnStiftG; § 8 BbgStiftG; § 13 BreStiftG; § 6 Abs. 2 HbgStiftG; §§ 13 f. HeStiftG; § 6 M-VStiftG; §§ 12 f. NdsStiftG; § 8 NRWStiftG; § 9 Abs. 4 RhPfStiftG; §§ 12 f. SaarStiftG; § 7 Abs. 2, 3 SächsStiftG; § 19 Abs. 4-6 S-AStiftG; §§ 11 f. S-HStiftG; § 12 Abs. 4 ThStiftG.

175 § 13 BWStiftG; Art. 19 BayStiftG; § 7 Abs. 2 NRWStiftG; § 9 S-HStiftG.

176 § 11 Abs. 3 BWStiftG; Art. 15 BayStiftG; § 16 NdsStiftG.

177 § 12 BWStiftG; Art. 13 BayStiftG; § 9 Abs. 5 BlnStiftG; § 9 BbgStiftG; § 13 Abs. 3 BreStiftG; § 6 Abs. 3 HbgStiftG; § 15 HeStiftG; § 7 M-VStiftG; § 14 NdsStiftG; § 9 NRWStiftG; § 9 Abs. 5 RhPfStiftG; § 14 SaarStiftG; § 7 Abs. 4, 5 SächsStiftG; § 10 Abs. 7 S-AStiftG; § 13 S-HStiftG; § 12 Abs. 5 ThStiftG.

178 *Neuhoff*, in: Soergel BGB, § 86, Rdnr. 13.

179 Auch *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 121, geht – allerdings ohne nähere Begründung – davon aus, dass die von der Aufsichtsbehörde erteilte Entlastung Schadenersatzansprüche der Stiftung gegen den Stiftungsvorstand zum Erlöschen bringt.

180 Vgl. *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 204.

181 Vgl. dazu im Einzelnen unten S. 82.

182 Dies galt nicht nur für selbstständige Stiftungen, sondern allgemein für alle juristischen Personen. Dem lag die sog. Fiktionstheorie zu Grunde, wonach es sich bei juristischen Personen um bloße Gedankengebilde handele. Vgl. *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 212.

183 *Liermann*, in: Franz/Liermann/Nedder/Pölnitz, Deutsches Stiftungswesen 1948-1966, S. 211 (214).

184 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 213; *Liermann*, in: Franz/Liermann/Nedder/Pölnitz, Deutsches Stiftungswesen

1948-1966, S. 211 (214).

- ¹⁸⁵ *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 213. Siehe auch *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 3 und *ders.*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, Kapitel 3.2 jeweils mit Verweis auf Mugdan I, S. 657 f., wonach die einmal existent gewordene Stiftung stets ein Institut des öffentlichen Rechts sei.
- ¹⁸⁶ BVerfGE 46, S. 73 (83 ff.); BVerwGE 40, S. 347 (348); *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 42 f., m.w.N.; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 4, Rdnr. 110 ff., m.w.N.
- ¹⁸⁷ *Schulte*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, Kapitel 28.3; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, § 5, Rdnr. 27.
- ¹⁸⁸ BVerwGE 106, S. 177 (180); OVG Lüneburg, NJW 1985, S. 1572; BGH, NJW 1977, S. 1148; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 89; *Reuter*, in: Münch-Komm BGB, Vor § 80, Rdnr. 79; *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 214; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 204.
- ¹⁸⁹ § 10 Abs. 2 BlnStiftG i.d.F. vom 3. Dezember 1997, BerlGVBl 1997, S. 622, sah hingegen noch vor, dass Familienstiftungen nur genehmigt werden konnten, wenn deren Satzung ein solches Kontrollorgan vorsah. Vgl. dazu und zur gegenwärtigen Gesetzeslage in Berlin unten S. 52.
- ¹⁹⁰ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 5.
- ¹⁹¹ *Saenger/Veltmann*, ZSt 2005, S. 281 (282); *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 84; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 258.
- ¹⁹² Vgl. statt aller: BVerwGE 40, S. 347 ff.; BGHZ 99, S. 344 (349); *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 77; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 88; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, § 4, Rdnr. 12 ff.
- ¹⁹³ § 8 Abs. 1 BWStiftG; Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BayStiftG; § 7 Abs. 2 BlnStiftG; § 6 Abs. 1 BbgStiftG; § 11 Satz 1 BreStiftG; § 5 Abs. 1 Satz 1 HbgStiftG; § 10 Abs. 1 Satz 2 HeStiftG; § 4 Abs. 1 M-VStiftG; § 10 Abs. 1 Satz 1 NdsStiftG; § 6 Abs. 1 NRWStiftG; § 9 Abs. 1 Satz 1 RhPfStiftG; § 10 Abs. 1 Satz 1 SaarStiftG; § 6 Abs. 1 SächsStiftG; § 10 Abs. 1 Satz 1 S-AStiftG; § 8 Abs. 1 S-HStiftG; § 12 Abs. 1 Satz 2 ThStiftG.
- ¹⁹⁴ Siehe oben S. 21.
- ¹⁹⁵ Während die ganz herrschende Meinung den Aufsichtsbehörden auch eine präventive Beraterfunktion für die Stiftungen zuweist (vgl. etwa *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 63, m.w.N.), lehnt *Reuter* eine solche Funktion wegen der dargestellten Gefahren ab, vgl. *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 80; kritisch auch *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 85; *Bruns*, Kommentar zum Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg, § 11, Anm. 4.
- ¹⁹⁶ *Schauhoff*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 3, Rdnr. 117;

- Lassmann*, Stiftungsuntreue, S. 177; *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (49); *Reuter*, Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 (167).
- 197 Vgl. auch *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 164.
- 198 § 11 Abs. 3 BWStiftG; Art. 15 BayStiftG; § 16 NdsStiftG.
- 199 § 11 Abs. 3 BWStiftG. Die Norm soll der Gefahr von Interessenkollisionen vorbeugen (vgl. *Bruns*, Kommentar zum Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg, § 11, Anm. 4). Diese Regelung ist vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Subsidiarität staatlicher Aufsicht jedoch äußerst problematisch. Vieles spricht dafür, § 11 Abs. 3 BWStiftG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die Stiftungsbehörden von der Befugnis erst dann Gebrauch machen dürfen, wenn die Stiftungsorgane die Ansprüche rechtswidriger Weise selbst nicht geltend machen. Kritisch auch *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, in Fußnote 427.
- 200 Art. 15 BayStiftG; § 16 NdsStiftG.
- 201 Zur Amtspflicht und zum Ermessen der Stiftungsbehörden, bei Vorliegen von Schadenersatzansprüchen tätig zu werden, vgl. *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, § 7, Rdnr. 72 ff.; *Störle*, in: Voll/Voll, Kommentar zum Bayerischen Stiftungsgesetz, Art. 15, Rdnr. 2.
- 202 *Richter*, in: Münch. Hdb. GesR, Band V, § 116, Rdnr. 48. Demgegenüber ist *Bruns*, Kommentar zum Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg, § 11, Anm. 4, der Ansicht, dass gemäß § 11 Abs. 3 BWStiftG allein die Stiftungsbehörden berechtigt sind, einen Verzicht auf Schadenersatzansprüche der Stiftung gegen Vorstandsmitglieder zu vereinbaren. Eine solche Verfügungsbefugnis wird durch die vorgenannte Norm aber schon ihrem Wortlaut nach nicht eingeräumt.
- 203 *Reuter*, Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 (159).
- 204 KG, StiftRspr. III, S. 35 (37 f.).
- 205 *Leisner*, StiftRspr. III, S. 39 (Anmerkung zu KG, StiftRspr. III, S. 35 ff.). Ähnlich *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rdnr. 294, der jedoch zwischen einer satzungswidrigen Mittelverwendung und einer satzungswidrigen Vermögensminderung unterscheiden will. Während bei der satzungswidrigen Mittelverwendung die Haftung entfalle, bleibe sie bei der satzungswidrigen Vermögensminderung bestehen.
- 206 Differenzierend *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 604 f.; *Schwintek*, ZSt 2005, S. 108 (111).
- 207 Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 605; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), § 86, Rdnr. 36; *Reuter*, Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 (159).
- 208 *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 89.
- 209 *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 89; *ders.*, Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 (159). Im Ergebnis ebenso *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 216; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80

ff., Rdnr. 91.

- ²¹⁰ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 17; *Fritsche*, Kommentar zum Stiftungsgesetz Brandenburg, § 6, Anm. 1.2.2; *Peiker*, Kommentar zum Hessischen Stiftungsgesetz, § 10, Anm. 2.1.; *Bruns*, Kommentar zum Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg, § 8, Anm. 3.
- ²¹¹ *Fritsche*, Kommentar zum Stiftungsgesetz Brandenburg, § 6, Anm. 1.2.2; *Peiker*, Kommentar zum Hessischen Stiftungsgesetz, § 10, Anm. 2.1.
- ²¹² *Fritsche*, Kommentar zum Stiftungsgesetz Brandenburg, § 6, Anm. 1.2.2; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 17. Vgl. auch *Backert*, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 1277.
- ²¹³ Zur Rechtsstellung des Stifters nach Anerkennung der Stiftung vgl. im Einzelnen etwa *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 447 ff.; *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 85, Rdnr. 27 f.
- ²¹⁴ Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage in Deutschland von der in Österreich. Nach österreichischem Recht kann sich der Stifter in der Stiftungserklärung (entspricht dem Stiftungsgeschäft in Deutschland) umfassende Änderungs- und Widerrufsrechte vorbehalten. Hat der Stifter von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, bleibt er auch nach Entstehung der Stiftung berechtigt, hinsichtlich des Stiftungsvermögens eigentümerähnliche Befugnisse auszuüben. Hieraus wird zum Teil gefolgert, dass die von einem umfassend änderungsberechtigten Stifter erteilte Entlastung auch Präklusionswirkungen entfalten können soll. So kann die Entlastung mit ihren Auswirkungen auf das Stiftungsvermögen als Änderung der Stiftungserklärung verstanden werden, die so lange zulässig ist, wie dadurch die Befriedigung von Gläubigern nicht gefährdet wird. Hat sich der Stifter hingegen kein Änderungsrecht vorbehalten, soll eine Präklusionswirkungen entfaltende Entlastung nicht möglich sein. Eine solche Kompetenz soll auch keinem anderen Organ eingeräumt werden können, weil dies dem Vertretungsmonopol des Vorstands im österreichischen Stiftungsrecht widersprechen würde. Solche Organe sollen nur ermächtigt werden können, eine Entlastung als (bloßen) Vertrauensbeweis – ohne Präklusionswirkungen – zu erteilen. Siehe Hartlieb/Zollner, PSR 2012, S. 159 ff. m.w.N.
- ²¹⁵ Gegen die Möglichkeit der Entlastungserteilung durch den Stifter auch *Ries*, Stiftung & Sponsoring 2002, S. 20 (21).
- ²¹⁶ Dazu *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 460 ff.; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 6, Rdnr. 158; *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 85, Rdnr. 29 ff.
- ²¹⁷ Im Aktien-, Genossenschafts- und GmbH-Recht ist dieses Stimmverbot ausdrücklich normiert. § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 43 Abs. 6 GenG, § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG. Im Vereinsrecht fehlt hingegen eine ausdrückliche Regelung. Hier ist umstritten, ob das Stimmverbot aus § 34 BGB (so Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rdnr. 202) oder aus dem allgemeinen Verbot des Richtens in eigenen Angelegenheiten (so *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 34, Rdnr. 16; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rdnr. 1575)

herzuleiten ist.

²¹⁸ Siehe unten S. 84.

²¹⁹ In diese Richtung auch *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 88; *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 203 f. Dagegen jedoch *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 79.

²²⁰ Bei Ein-Personen-Kapitalgesellschaften, bei denen zusätzlich noch eine Identität zwischen dem Gesellschafter und dem Geschäftsführungsorgan besteht, ist umstritten, ob eine Entlastung möglich ist. Dafür spricht, dass hier zumindest formal zwei verschiedene Organe (Geschäftsführer/Vorstand und Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung) beteiligt sind. Dem Streit kommt aber nur eine geringe praktische Bedeutung zu, weil Einigkeit jedenfalls darüber besteht, dass eine solche Entlastung – auch bei der GmbH – keine Präklusionswirkungen entfalten kann. So ist es nicht vorstellbar, gegenüber sich selbst einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand zu schaffen (vgl. *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 112 f., mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand).

²²¹ *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (39).

²²² *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (41); *Arnold*, Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89 (96).

²²³ Vgl. BGHZ 133, S. 370 (378 f.); *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 27, Rdnr. 44; *Heermann*, in: Festschrift für Röhrich, S. 1191 (1197).

²²⁴ *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (40).

²²⁵ BGHZ 133, S. 370 (378 f.); *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (40); *Arnold*, Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89 (96); *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), § 86, Rdnr. 37.

²²⁶ *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (41); *Heermann*, in: Festschrift für Röhrich, S. 1191 (1197).

²²⁷ *Hadding*, in: Soergel BGB, § 27, Rdnr. 23; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, Rdnr. 277a; *H. P. Westermann*, in: Erman BGB, § 27, Rdnr. 7; *Unger*, NJW 2009, S. 3269 (3271 f.).

²²⁸ Ebenso *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 203 f.

²²⁹ Nach einer vom Bundesverband Deutscher Stiftungen im Jahr 2010 durchgeführten Studie verfügten 77% der befragten Stiftungen über ein Organ, das die Arbeit der Leitungsgremien überwacht und kontrolliert; vgl. Bundesverband Deutscher Stiftungen, Stiftungsstudie „Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis“, S. 14.

²³⁰ *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 267; *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 85, Rdnr. 13.

²³¹ Der Subsidiaritätsgrundsatz leitet sich aus der Grundrechtsstellung der Stiftung gegenüber dem Staat ab. Staatliche Eingriffe sind nur dann gerechtfertigt, wenn die stiftungsinternen Aufsichtsmechanismen als mildere Mittel versagt haben. Solange

die interne Stiftungsaufsicht ordnungsgemäß funktioniert, darf die Stiftungsbehörde von ihren Aufsichtsmitteln keinen Gebrauch machen. Wegen seiner verfassungsrechtlichen Verankerung gilt der Subsidiaritätsgrundsatz auch dort, wo ihn die Landesstiftungsgesetze nicht ausdrücklich normieren. Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 267; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rdnr. 80; *Richter*, in: Münch. Hdb. GesR, Band V, § 103, Rdnr. 5 f.

²³² § 10 Abs. 2 BlnStiftG i.d.F. vom 3. Dezember 1997, BerlGVBl 1997, S. 622.

²³³ BlnStiftG i.d.F. vom 22. Juli 2003, BerlGVBl 2003, S. 293.

²³⁴ Vgl. zur Diskussion über eine „Foundation Governance“ insbesondere *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 528 ff.; *Hopt*, in: Hopt/von Hippel/Walz, Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 243 ff.; *Steuber*, DStR 2006, S. 1182 ff.; *Ott*, in: Gedächtnisschrift für Walz, S. 505 ff.; jeweils mit zahlreichen weiterführenden Nachweisen.

²³⁵ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rdnr. 80.

²³⁶ *Schwintek*, ZSt 2005, S. 108 (115); *ders.*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 202 ff.

²³⁷ Ebenso – jedoch häufig ohne nähere Begründung – die wohl herrschende Meinung in der Literatur, vgl. *Kilian*, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 556 f.; *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (49); *Schauhoff*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 3, Rdnr. 117; *Ries*, Stiftung & Sponsoring 2002, S. 20 (22); *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 216; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 121; *Hof/Bianchini-Hartmann/Richter*, Stiftungen, S. 43.

²³⁸ *Schwintek*, ZSt 2005, S. 108 (115). Ebenso *Kilian*, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 556; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 216; *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (49); *Lassmann*, Stiftungsuntreue, S. 176.

²³⁹ *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 86, Rdnr. 22; *ders.*, Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 (167).

²⁴⁰ Ebenso *Richter*, in: Münch. Hdb. GesR, Band V, § 116, Rdnr. 48; *Hüttemann/Herzog*, Non Profit Law Yearbook 2006, S. 33 (49); *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 216; *R. Werner*, ZEV 2009, S. 366 (370). *Kiethe*, NZG 2007, S. 810 (813), hält den Fall, dass das Erlöschen der Ersatzansprüche im Interesse der Stiftung liegt, sogar nur für eine rein theoretische Möglichkeit.

²⁴¹ *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 86, Rdnr. 22.

²⁴² *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 290 f.

²⁴³ BGHZ 135, S. 244.

²⁴⁴ *Muscheler*, Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen 2008, S. 51 (56 f.).

²⁴⁵ *Von Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 172.

²⁴⁶ *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 608 ff.; *ders.*, in: Krieger/Schneider, Handbuch der Managerhaftung, § 6, Rdnr. 177.

- 247 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 608, in Fußnote 72; ähnlich *Hof*,
in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rdnr. 298.
- 248 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 609.
- 249 *Kohnke*, Die Pflichten des Stiftungsvorstands aus Bundes- und Landesrecht, S. 208
f. Ebenso *Tschötschel*, Die gemeinnützige Stiftung und GmbH als Instrument der
mittelständischen Unternehmensnachfolge, S. 199.
- 250 Siehe oben S. 18.
- 251 Grenzen ergeben sich insoweit nur aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht, vgl.
BGHZ 153, S. 47 (51). Zu den Grenzen des Ermessens bei der Entlastungserteilung
im Verbandsrecht vgl. unten S. 94.
- 252 BGHZ 135, S. 240 ff.
- 253 *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 290 f.
- 254 Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 611.
- 255 Insoweit ist *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 86, Rdnr. 22, zuzustimmen.
- 256 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 609.
- 257 *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 291.
- 258 Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 609.
- 259 *Schwintek*, ZSt 2005, S. 108 (115).
- 260 Vgl. BGHZ 135, S. 244 (255 f.). Bei der AG sollen im Einzelfall z.B. negative
Auswirkungen auf Geschäftstätigkeit und Ansehen der Gesellschaft in der
Öffentlichkeit, Behinderung der Vorstandsarbeit, Beeinträchtigung des
Betriebsklimas und Ähnliches ausnahmsweise ein Absehen von der Verfolgung
von Schadenersatzansprüchen gegen den Vorstand rechtfertigen können,
Krieger/Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93, Rdnr. 35.
- 261 Vgl. dazu im Einzelnen unten S. 93.
- 262 *Schwintek*, ZSt 2005, S. 108 (115); *ders.*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen
Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 203.
- 263 *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 86, Rdnr. 22; *ders.*, Non Profit Law Yearbook
2002, S. 157 (167).
- 264 Gleiches gilt auch für den Ansatz *Kohnkes*, der nicht zwischen nichtigen und sonst
fehlerhaften Beschlüssen unterscheidet, sondern eine Präklusionswirkung
allgemein bei allen pflichtwidrigen Beschlüssen bejaht. Vgl. *Kohnke*, Die Pflichten
des Stiftungsvorstands aus Bundes- und Landesrecht, S. 208 f.
- 265 Auch bei einem nichtigen Entlastungsbeschluss soll die Geltendmachung der
Schadenersatzansprüche nach Ansicht *Burgards* im Einzelfall ausgeschlossen sein.
Dies sei dann der Fall, wenn die entlasteten Organmitglieder die Nichtigkeit des
Beschlusses nicht erkannten, diese auch nicht hätten erkennen müssen und die
Nichtigkeit über längere Zeit nicht geltend gemacht werde. Hierdurch entstehe ein
die Verwirkung etwaiger Schadenersatzansprüche begründender
Vertrauenstatbestand, der es der Stiftung verwehre, sich auf die Nichtigkeit zu
berufen. Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 610.

- ²⁶⁶ BGHZ 59, S. 369 (371 f.); BGH, NJW 1994, S. 184 (185); *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 323 f.; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rdnr. 194.
- ²⁶⁷ *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 29 (33 ff.). Vgl. auch *O. Werner*, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 426.
- ²⁶⁸ Siehe unten S. 96.
- ²⁶⁹ Für das Vereinsrecht spricht sich *Reuter* hingegen für eine analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG aus. Vgl. *Reuter*, in: MünchKomm BGB, § 32, Rdnr. 56 ff.
- ²⁷⁰ *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 290 f.
- ²⁷¹ Es stellt sich in diesem Zusammenhang zudem die Frage, was die Stiftungsbehörde auf der Grundlage des Ansatzes von *Schwintek*, ZSt 2005, S. 108 (115), im Anerkennungsverfahren überhaupt prüfen sollte. Anders als bei der generellen Vermögensausstattung der Stiftung kann die Möglichkeit von Vermögenseinbußen für die Stiftung und deren Auswirkungen auf die Zweckerfüllung kaum abstrakt im Vorfeld der Stiftungserrichtung, sondern nur bezogen auf eine konkrete Entlastungsentscheidung beurteilt werden.
- ²⁷² Siehe oben S. 39.
- ²⁷³ Die Stiftungsbehörden sind nach herrschender Meinung hingegen nicht befugt, den Anstellungsvertrag selbst zu kündigen, vgl. *Lunk/Rawert*, Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91 (101).

- 274 Zur Schutzfunktion der Stiftungsaufsicht für die Stiftung vgl. BGHZ 68, S. 142 (145 f.); 99, S. 344 (349); BVerwG, NJW 1991, S. 713; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 84; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 258; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, § 4, Rdnr. 6.
- 275 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 216; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 90; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 18; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 130.
- 276 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor § 80 ff., Rdnr. 90.
- 277 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 214 ff.; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 90; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 11.
- 278 Vgl. dazu *Bruns*, Kommentar zum Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg, § 8, Anm. 2.
- 279 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 89; *Bruns*, Kommentar zum Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg, § 8, Anm. 6.
- 280 Vgl. § 11 Abs. 3 BWStiftG; Art. 15 BayStiftG; § 16 NdsStiftG.
- 281 Die Stiftungsbehörde kann das zuständige Stiftungsorgan anweisen, die Ansprüche geltend zu machen. Wird der Anweisung nicht Folge geleistet, kann das betreffende Organ als ultima ratio abberufen und ein Notvorstand bestellt werden.
- 282 Zur Stiftungsaufsicht als „Garant“ des Stifterwillens vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 5; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 204; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, § 4, Rdnr. 20; BGHZ 99, S. 344 (349).
- 283 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 608 ff.
- 284 Vgl. dazu etwa *Schramm*, in: MünchKomm BGB, § 164, Rdnr. 107; *Schilken*, in: Staudinger BGB (2009), § 167, Rdnr. 93.
- 285 Vgl. dazu etwa *Schilken*, in: Staudinger BGB (2009), § 167, Rdnr. 91 ff.; *Valenthin*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 167, Rdnr. 48 ff.; *Schramm*, in: MünchKomm BGB, § 164, Rdnr. 106 ff.
- 286 Vgl. § 13 Abs. 2 BWStiftG; § 10 Abs. 1 BlnStiftG; § 2 Abs. 2 BbgStiftG; § 17 Satz 1 BreStiftG; § 21 Abs. 1 HeStiftG.
- 287 Vgl. Art. 1 Abs. 3 Satz 2 BayStiftG.
- 288 Sonderregelungen allgemein für privatnützige Stiftungen finden sich in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 Satz 2 BayStiftG; § 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 HbgStiftG; § 6 Abs. 3 NRWStiftG; § 9 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 3 Abs. 2 RhPfStiftG; § 10 Abs. 3 SaarStiftG.
- 289 Darunter fallen zunächst alle Landesstiftungsgesetze, die keine Sonderregeln für privatnützige Stiftungen bzw. Familienstiftungen enthalten. Dies ist in Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen der Fall. Zu dieser Gruppe gehört aber auch Schleswig-Holstein. Zwar findet sich in § 19 Satz 2

S-HStiftG die Bestimmung, dass Familienstiftungen nur insoweit der laufenden Aufsicht unterstehen, „als sicherzustellen ist, dass ihr Bestand gewahrt bleibt und sie sich im Einklang mit den Rechtsvorschriften betätigen“. Die damit zum Ausdruck gebrachte Beschränkung auf eine reine Rechtsaufsicht gilt aber auch für alle anderen Stiftungen. Auf Familienstiftungen finden damit in Schleswig-Holstein letztlich doch die allgemeinen Regeln Anwendung; vgl. *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, S. 351. Ebenfalls dieser Gruppe zuzuordnen ist Baden-Württemberg. Lediglich gewisse Anzeigepflichten sollen gemäß § 13 Abs. 2 BWStiftG bei Familienstiftungen nicht gelten. Im Übrigen bestehen für Familienstiftungen gegenüber gemeinnützigen Stiftungen keine Besonderheiten.

- ²⁹⁰ Vgl. *Fritsche*, Kommentar zum Stiftungsgesetz Brandenburg, § 4, Anm. 4; *Peiker*, Kommentar zum Hessischen Stiftungsgesetz, § 11, Anm. 3.
- ²⁹¹ Mit Unterschieden im Detail vgl. § 4 Abs. 3 Satz 2 BbgStiftG; § 5 Abs. 1 Satz 2 HbgStiftG; § 21 Abs. 2 HeStiftG; § 6 Abs. 3 NRWStiftG; § 9 Abs. 1 Satz 3 RhPfStiftG.
- ²⁹² Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 212, der allerdings der Ansicht ist, dass sich die Aufsicht in diesen Fällen auf Maßnahmen i.S.d. § 87 BGB beschränkt. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Vielmehr ist bei dieser Gruppe von Landesstiftungsgesetzen zwischen dem Zweck der Aufsicht und ihren Mitteln zu unterscheiden. Nur der Zweck der Maßnahme ist eingeschränkt, nicht hingegen die Mittel. Dies wird besonders deutlich, wenn man den Wortlaut der Landesstiftungsgesetze der zweiten und dritten Gruppe miteinander vergleicht.
- ²⁹³ Art. 8 BayStiftG.
- ²⁹⁴ Argumentum e contrario Art. 10 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 Satz 2 Bay-StiftG.
- ²⁹⁵ § 17 Satz 2 BreStiftG; § 10 Abs. 2 NdsStiftG; § 10 Abs. 3 SaarStiftG. In Berlin soll sich die Aufsicht über Familienstiftungen nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die Überwachung der Zusammensetzung der Stiftungsorgane beschränken. Die Stiftungsbehörden sind aber auch dort zu Maßnahmen nach § 87 BGB befugt. Dies folgt aus Art. 31 bzw. 72 Abs. 1 GG; vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 213.
- ²⁹⁶ Vgl. *Heuel*, Kommentar zum Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 6, Anm. 3; *Peiker*, Kommentar zum Hessischen Stiftungsgesetz, § 21, Anm. 3; *Mecking*, Das Stiftungswesen in Rheinland-Pfalz, § 9, Anm. 3.
- ²⁹⁷ Richtiger Weise gelten auch hier die allgemeinen Regeln für die Aufsicht, siehe unten S. 72 ff.
- ²⁹⁸ Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 56 f. [www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Stiftungsrecht_Bund_Laender_Arbeitsgruppe/publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Stiftungsrecht_Bund_Laender_Arbeitsgruppe/publicationFile.pdf) (29.12.2012).
- ²⁹⁹ Zustimmend *Fritsche*, Stiftungsgesetz für Brandenburg, § 4, Anm. 4; *Mecking*, Das Stiftungswesen in Rheinland-Pfalz, § 9, Anm. 3.

- 300 Bei gemeinnützigen Stiftungen kann den Destinatären kein Anspruch auf Leistung eingeräumt werden, ohne wegen § 52 AO (Förderung der Allgemeinheit) die Anerkennung als gemeinnützig zu verlieren; vgl. *Rawert*, in: Hoffmann-Becking/Rawert, Beck'sches Formularbuch, I 26, Anm. 16.
- 301 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 89; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 213; *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 216; *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 90 f.; *Heuel*, Kommentar zum Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 6, Anm. 3.
- 302 Z.B. *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 507; *Störle*, in: Voll/Voll, Bayerisches Stiftungsgesetz, Art. 10, Rdnr. 3; *Heuel*, Kommentar zum Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 6, Anm. 3; *Pöllath/Richter*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 13, Rdnr. 41.
- 303 *Schwarz*, ZEV 2003, S. 306 (309 f.).
- 304 *Schwarz*, ZEV 2003, S. 306 (310). Insoweit zustimmend *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, S. 351.
- 305 *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, S. 351 f.; *Neuhoff*, in: Soergel BGB, Vor § 80, Rdnr. 58.
- 306 *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, S. 352. Nicht gefolgt werden kann hingegen der Argumentation von *Neuhoff*, in: Soergel BGB, Vor § 80, Rdnr. 58. Danach soll die Einschränkung der Stiftungsaufsicht über privatnützige Stiftungen gegen die bundesrechtliche Regelung des § 118 KostO verstoßen, die das Bestehen einer Aufsicht auch über solche Stiftungen voraussetze. § 118 KostO ist jedoch keine Vorschrift, die zur Einrichtung einer staatlichen Aufsicht zwingt, sondern nur dann eingreift, wenn eine solche nach sonstigen Regelungen besteht. Allein aus § 118 KostO ergibt sich kein Verbot, die staatliche Aufsicht einzuschränken.
- 307 Vgl. *Heuel*, Kommentar zum Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 6, Anm. 3.
- 308 Vgl. *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 127; *Liermann*, in: Franz/Liermann/Nedder/Pölnitz, Deutsches Stiftungswesen 1948-1966, S. 211 (215).
- 309 *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 10, Rdnr. 9, 16, will dem Gesetzgeber hingegen die Befugnis einräumen, rein privatnützige Stiftungen ohne Aufsicht zuzulassen, obwohl der Staat auch diesen Stiftungen gegenüber eine Garantenstellung innehat.
- 310 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 89, bezeichnen die Stiftungsaufsicht bei selbstständigen Stiftungen zu Recht als funktional unentbehrlich.
- 311 Ebenso *Peiker*, Kommentar zum Hessischen Stiftungsgesetz, § 21, Anm. 3. Vgl. auch *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 90 a.E.
- 312 Da es sich um nachkonstitutionelle formelle Gesetze handelt, ist diese Feststellung dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. Denkbare Klagearten sind

insbesondere die abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, §§ 76 ff. BVerfGG sowie die konkrete Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG, § 13 Nr. 11, §§ 80 ff. BVerfGG.

313 Siehe oben S. 48.

314 Rechenschaftspflichten des Stiftungsvorstands ergeben sich daneben auch aus den Landesstiftungsgesetzen. Diese bestehen jedoch nicht gegenüber der Stiftung bzw. stiftungsinternen Aufsichtsorganen, sondern den Stiftungsbehörden. Weitere Anforderungen an die Rechnungslegung können sich aus dem Handels- und Steuerrecht ergeben. Vgl. dazu jeweils *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 548 ff.

315 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 548.

316 Siehe oben S. 58 ff.

317 Das grundsätzlich freie Ermessen der Mitgliederversammlung wird im Wesentlichen nur durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht eingeschränkt. Hat das Geschäftsführungsorgan schwerwiegende Pflichtverletzungen begangen, folgt aus dieser Treuepflicht, dass es überstimmten Verbandsmitgliedern möglich sein muss, den Entlastungsbeschluss anzufechten. Vgl. BGHZ 153, S. 47 (51). Vgl. dazu unten S. 94.

318 Dass das Aufsichtsorgan die Grundregeln sachgerechter Entscheidungsfindung zu beachten hat, betont zu Recht *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 611.

319 Vgl. auch *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 608 ff.

320 Siehe oben S. 67.

321 Vgl. ausführlich zum Beschlussverfahren bei stiftungsinternen Kollektivorganen *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 300 ff.

322 Zur Bedeutung des Beschlussantrags vgl. z.B. *K. Schmidt/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 48, Rdnr. 46; *Hüffer*, AktG, § 133, Rdnr. 9; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 304.

323 Vgl. statt aller *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 93; *Hüffer*, AktG, § 120, Rdnr. 8 f.

324 *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 63; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rdnr. 289.

325 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 98; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 271; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 63; § 47, Rdnr. 145. Im Aktienrecht soll eine Entlastung wegen bloßer Einzelfragen hingegen unzulässig sein, vgl. *Hüffer*, AktG, § 120, Rdnr. 12; *Sethe*, ZIP 1996, S. 1321 (1325).

326 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 98; *Hüffer*, AktG, § 120, Rdnr. 12; *Sethe*, ZIP 1996, S. 1321 (1324).

327 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 92; *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 46, Rdnr. 40; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 273;

- Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG, § 46, Rdnr. 141; *Reichert*, Handbuch Verbands- und Vereinsrecht, Rdnr. 2694; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 75. A.A. *Sudhoff*, Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH und einer GmbH & Co. KG, S. 97.
- 328 *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 62.
- 329 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 92.
- 330 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 92.
- 331 *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 75; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 273.
- 332 Vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 92.
- 333 Siehe oben S. 63 ff.
- 334 A.A. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 610.
- 335 Gemäß § 8 Abs. 2 BWStiftG sind Maßnahmen der Stiftungsbehörden ausgeschlossen, wenn und solange eine ordnungsgemäße Überwachung durch ein stiftungsinternes unabhängiges Kontrollorgan gewährleistet erscheint. Nach *Bruns*, Kommentar zum Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg, § 8, Anm. 6, schließt die Doppelmitgliedschaft von Mitgliedern anderer Organe im Kontrollorgan die Unabhängigkeit des Kontrollorgans aus.
- 336 Auch § 105 Abs. 1 AktG ist nicht entsprechend anwendbar.
- 337 Nach einer Studie des Bundesverbands Deutscher Stiftungen aus dem Jahr 2010 waren zumindest bei 24% der befragten Stiftungen Mitglieder des Aufsichtsgremiums zugleich Mitglied des Leitungsorgans, vgl. Bundesverband Deutscher Stiftungen, Stiftungsstudie „Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis“, S. 14 f.
- 338 § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG.
- 339 § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG.
- 340 § 43 Abs. 6 GenG.
- 341 Zum Inhalt des Entlastungsbeschlusses und der Herleitung vgl. ausführlich oben S. 13 ff. und S. 23 ff.
- 342 A.A. *Weick*, in: Staudinger BGB (2005), § 34, Rdnr. 7; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rdnr. 820, die beide die Entlastung weiterhin als Rechtsgeschäft i.S.d. § 34 BGB einordnen.
- 343 Grundlegend *K. Schmidt*, ZGR 1978, S. 426 ff.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 430 f.; *ders.*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 91. Ihm folgend: *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 24; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 71 ff.; *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 78 ff.; *Nägele/Nestel*, BB 2000, S. 1253 (1254); *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 61 ff.; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (287 f.); *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 277; *Priester*, in:

Festschrift für Rowedder, S. 369 (371 f.). Nach herrschender Meinung – jedoch entgegen hier vertretener Ansicht – ist zusätzlicher Beschlussgegenstand auch das Vertrauen in das Geschäftsführungsorgan für die Zukunft. Vgl. hierzu bereits oben S. 16 f.

- 344 So aber für das Vereinsrecht Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rdnr. 202.
- 345 A.A. jedoch ohne Begründung Schwintek, ZSt 2005, S. 108 (116); Gollan, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 246, die das Stimmverbot unmittelbar aus §§ 34, 28 Abs. 1, 86 Satz 1 BGB herleiten.
- 346 Reuter, in: MünchKomm BGB, § 34, Rdnr. 16; Hadding, in: Soergel BGB, § 34, Rdnr. 7; Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rdnr. 1575.
- 347 Zum Meinungsstand hinsichtlich § 34 BGB vgl. Weick, in: Staudinger BGB (2005), § 34, Rdnr. 4.
- 348 Vgl. Nachweise bei Weick, in: Staudinger BGB (2005), § 34, Rdnr. 3.
- 349 BGHZ 68, S. 107 (109); 97, S. 28 (33). Vgl. auch Reuter, in: MünchKomm BGB, § 34, Rdnr. 2; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 608.
- 350 Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rdnr. 1575 ff.; Reuter, in: MünchKomm BGB, § 34, Rdnr. 6.
- 351 Vgl. Reuter, in: MünchKomm BGB, § 34, Rdnr. 6; Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rdnr. 1575; Hadding, in: Soergel BGB, § 34, Rdnr. 7. A.A. KG, KGR 2005, S. 590 (591). Priester, in: Festschrift für Rowedder, S. 369 (379 ff.), lehnt ein generelles Verbot des Richtens in eigenen Angelegenheiten ab. Ein zwingendes Stimmverbot bestehe bei Entlastungsbeschlüssen nur dann, wenn ein wichtiger Grund vorliege, der betreffenden Person die Entlastung zu versagen.
- 352 Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 73 f.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2, S. 222.
- 353 BGHZ 108, S. 21 (25 f.); Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rdnr. 77; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 97; § 47, Rdnr. 134; Hüffer, AktG, § 136, Rdnr. 20.
- 354 Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rdnr. 77; ders., Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 201 ff.; Barner, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 37.
- 355 Hüffer, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 47, Rdnr. 146; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 97; Groß, GmbHR 1994, S. 596 (599 ff.); Priester, in: Festschrift für Rowedder, S. 369 (373 f.); Spindler, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 136, Rdnr. 24.
- 356 Vgl. etwa K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 47, Rdnr. 134.
- 357 Siehe oben S.50 f.
- 358 Ähnlich Barner, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 36.
- 359 Tellis, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 135 ff.
- 360 Zu der Frage, ob es bei Verweigerung der Entlastung einen Anspruch auf Auskunft

darüber gibt, ob der Verband bzw. die Stiftung dem Geschäftsführungsorgan Pflichtverletzungen vorwirft, siehe unten S. 109.

- ³⁶¹ *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 151 ff. Implizit auch BGHZ 94, S. 324 (329 f.); *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 48 f.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 46, Rdnr. 28.
- ³⁶² *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 153.
- ³⁶³ *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 153 f.
- ³⁶⁴ *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 608.
- ³⁶⁵ Eingehend zur Rechtsnatur des Beschlusses *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 436 ff.
- ³⁶⁶ Vgl. *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (299); OLG Karlsruhe, AG 2001, S. 93 (94).
- ³⁶⁷ *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 319 f.; *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 29 (31).
- ³⁶⁸ Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 320, in Fußnote 119, m.w.N.
- ³⁶⁹ RGZ 65, S. 241 (242 f.); BGHZ 36, S. 121 (139); 59, S. 369 (375); 86, S. 1 (3).
- ³⁷⁰ Vgl. zum Aktienrecht *Hüffer*, AktG, § 243, Rdnr. 12.
- ³⁷¹ *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 320, in Fußnote 119; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 267.
- ³⁷² *Zöllner*, in: Kölner Komm AktG, § 243, Rdnr. 81 ff.; *Hüffer*, AktG, § 243, Rdnr. 13; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 111; *Graff*, AG 2008, S. 479 (482).
- ³⁷³ BGHZ 149, S. 158 (163 ff.); 160, S. 385 (391 f.); BGH, NZG 2007, S. 826 (830); NZG 2008, S. 309 (310).
- ³⁷⁴ *Hüffer*, AktG, § 243, Rdnr. 13; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 267.
- ³⁷⁵ *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 320.
- ³⁷⁶ Vgl. *Hüffer*, AktG, § 243, Rdnr. 14 ff.
- ³⁷⁷ Vgl. etwa BGHZ 62, S. 193 (194 f.); OLG Stuttgart, NZG 2006, S. 472 (476 f.); *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 46 ff.; *Hüffer*, AktG, § 120, Rdnr. 15; *Kiethe*, NZG 2006, S. 888 ff.; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (S. 297 ff.).
- ³⁷⁸ Vgl. etwa *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 299.
- ³⁷⁹ *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 46, Rdnr. 27; *A. Hueck*, GmbHR 1959, S. 189 (193).
- ³⁸⁰ *Zöllner*, in: Kölner Komm AktG, § 243, Rdnr. 97 ff.; *Hüffer*, AktG, § 243, Rdnr. 19.
- ³⁸¹ *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709, Rdnr. 106.
- ³⁸² Ebenso *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 29 (38).

- 383 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 320.
- 384 *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 120, Rdnr. 17. Vgl. auch *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 120, Rdnr. 55, 33.
- 385 Siehe oben S. 88.
- 386 Vgl. dazu oben S. 13.
- 387 Siehe oben S. 14.
- 388 BGHZ 153, S. 47 (51); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 46, Rdnr. 27; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 99.
- 389 Vgl. dazu *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 49 f.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 99; *Graff*, AG 2008, S. 479 ff. Zur Anfechtbarkeit eines Entlastungsbeschlusses bei unrichtiger Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG vgl. BGH, NJW 2009, S. 2207 (2209 ff.); NZG 2009, S. 1270 (1272).
- 390 *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 49.
- 391 *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 49.
- 392 Siehe oben S. 79 ff.
- 393 Siehe oben S. 93.
- 394 Zu den Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse vgl. sogleich S. 96 ff.
- 395 § 51 GenG regelt lediglich die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung.
- 396 BGHZ 59, S. 369 (371 f.); *Hadding*, in: Soergel BGB, § 32, Rdnr. 14 ff., 35 ff.; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rdnr. 1973.
- 397 BGH, WM 1983, S. 1407 (1408); *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709, Rdnr. 105 ff.; *H. P. Westermann*, in: Erman BGB, § 709, Rdnr. 38.
- 398 Zum Aufsichtsrat einer AG: BGHZ 122, S. 342 (346 ff.); 124, S. 111 (115); 135, S. 244 (247); *Hüffer*, AktG, § 108, Rdnr. 19, m.w.N. Zum Aufsichtsrat einer GmbH: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 52, Rdnr. 91 ff.; *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 52, Rdnr. 437.
- 399 BGHZ 51, S. 209 (210); 104, S. 66 (69); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 47, Rdnr. 1; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 45, Rdnr. 35; *Wicke*, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 1.
- 400 BGHZ 18, S. 334 (338); 126, S. 335 (338); *Keßler*, in: Berliner Komm GenG, § 51, Rdnr. 2; *Cario*, in: Lang/Weidmüller, GenG, § 51, Rdnr. 7.
- 401 Für fehlerhafte Beschlüsse werden neben den nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen zum Teil noch weitere Kategorien gebildet, insbesondere die Gruppe der unwirksamen Beschlüsse und die der Nichtbeschlüsse. Vgl. dazu z.B. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 16 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 441 f.
- 402 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 445 ff.; *Baums*, ZGR 1983, S. 300 (305 ff.).
- 403 Vgl. *Zöllner/Noack*, ZGR 1989, S. 525 (543). Vgl. auch *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 322 f.
- 404 BGH, WM 1993, S. 2169 (2170); OLG Hamburg, ZIP 1994, S. 1950 (1951);

Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 323 ff.; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 105; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rdnr. 194; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), § 86, Rdnr. 31.

405 BGH, WM 1993, S. 2169 (2170) mit Verweis auf die zum Vereinsrecht ergangene Entscheidung BGHZ 59, S. 369.

406 O. *Werner*, in: *Werner/Saenger*, Die Stiftung, Rdnr. 426.

407 *Beckmann*, Änderung der Stiftungssatzung, S. 160 ff.

408 *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 33 ff.

409 Siehe oben S. 61 f.

410 Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 288 f.; *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 29 (40). Geht man hingegen davon aus, dass auf fehlerhafte Entlastungsbeschlüsse bei selbstständigen Stiftungen die §§ 241 ff. AktG entsprechend anwendbar sind, wäre weiter zu differenzieren: Die Mitglieder des Aufsichtsgremiums und des Stiftungsvorstands könnten die Nichtigkeit des Beschlusses mit der Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG geltend machen, ohne ein besonderes Feststellungsinteresse nachweisen zu müssen. Dritte Personen wären hingegen auf die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO verwiesen, wobei ihnen aber regelmäßig das erforderliche Feststellungsinteresse fehlen wird, vgl. unten lit. b. Zu den Unterschieden der verschiedenen Klagearten gegen fehlerhafte Beschlüsse unter dem Regelungsregime der §§ 241 ff. AktG vgl. *Hüffer*, AktG, § 246, Rdn. 12 ff.; *K. Schmidt*, in: *Scholz, GmbHG*, § 45, Rdn. 44 ff.; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, Anh. § 47, Rdn. 30.

411 *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 384.

412 BGH, WM 1993, S. 2169 (2170). Ebenso *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rdnr. 195; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), § 86, Rdnr. 32; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 105.

413 Siehe oben S. 49.

414 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 289; *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 29 (41). So für Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG bzw. GmbH z.B. auch *Hüffer*, AktG, § 108, Rdnr. 18; *Schneider*, in: *Scholz, GmbHG*, § 52, Rdnr. 439.

415 BGHZ 83, S. 144 (146); 85, S. 293 (295); 122, S. 342 (344); 135, S. 244 (247 f.).

416 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 289 f.

417 *Jakob* will dem Stifter hingegen als Nachwirkung des Rechts auf Stiftung ein eigenes, die Stiftungsanerkennung überdauerndes Recht auf Stiftungsbestand zuerkennen. Dieses Recht könne durch grundlagenändernde Beschlüsse, die im Widerspruch zum historischen Stifterwillen stehen, beeinträchtigt werden. Daraus folge aber wiederum das rechtliche Interesse des Stifters an der Feststellung der Nichtigkeit solcher Beschlüsse (vgl. *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 110 ff., 406; ihm folgend auch *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 29 (42)). Ob dieser Ansatz

tatsächlich richtig ist, kann hier dahinstehen, da er jedenfalls nicht geeignet ist, ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit eines bloßen Entlastungsbeschlusses zu begründen.

- 418 Zu Bemühungen, den Stiftungsdestinatären das Recht einzuräumen, Ansprüche der Stiftung im Wege der Prozessstandschaft einzuklagen, vgl. *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 345 ff.; *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, S. 316 ff.
- 419 Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 291; BGHZ 99, S. 344 (352); BAG, NJW 1991, S. 514 (515).
- 420 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 86.
- 421 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 86.
- 422 *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 29 (43). Ebenso für das Vereinsrecht *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rdnr. 1974; BGH, NJW-RR 1992, S. 1209.
- 423 *Hoffmann*, in: Festgabe für Kreutz, S. 29 (43).
- 424 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 290, in Fußnote 125.
- 425 Die Gesetzesbegründung zu § 120 Abs. 2 AktG 1965 führt aus, dass mit dem Ausschluss der Verzichtswirkung auch die Zulässigkeit einer Klage auf Entlastung entfalle. BT-Drucks. 4/171, S. 148.
- 426 Entwickelt wurde diese These vom Reichsgericht in der Entscheidung RGZ 89, S. 396 ff. Die Entscheidung betraf eine Aktiengesellschaft, wobei nach der damals geltenden Rechtslage die Entlastung im Aktienrecht noch Präklusionswirkungen entfalten konnte. Nachweise aus der Literatur finden sich bei *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 133, in Fußnote 66.
- 427 *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 71 ff.; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 46; *Buchner*, GmbHR 1988, S. 9 (14).
- 428 So ist *Hüffer* für das GmbH-Recht der Ansicht, dass Prüfungsmaßstab für die Billigung der Geschäftsführung allein deren Rechtmäßigkeit, nicht hingegen auch deren Zweckmäßigkeit sei. Zwar sei die Entlastung daneben auch Vertrauensbeweis. Dabei handele es sich aber nur um einen Nebenaspekt, dessen Bedeutung ganz zurücktrete, wenn die Billigung durch Klage und Urteil erzwungen werden müsse; vgl. *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 61. Für das Aktienrecht lässt es *Hüffer* hingegen offen, ob eine Entlastungsklage anzuerkennen ist; vgl. *Hüffer*, AktG, § 120, Rdnr. 19.
- 429 OLG Celle, OLGR 27, S. 350 f.
- 430 *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 45 f.
- 431 Unter den Anhängern dieses Ansatzes war umstritten, wie weit die Präklusionswirkung des Entlastungsurteils reichen sollte. Das Reichsgericht hatte entschieden, dass dem Verband für die Entlastungsperiode schlechthin keine Ersatzansprüche mehr zustünden, vgl. RGZ 89, S. 396 (396 f.); zustimmend *Boeters*, JW 1920, S. 699 (700); *Neflin*, NJW 1959, S. 1666 (1667). Die Gegenauffassung wollte die für einen Entlastungsbeschluss geltenden

Beschränkungen der Präklusionswirkung auch auf das Entlastungsurteil anwenden. Danach sollten nur solche Sanktionen präkludiert sein, die sich auf im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bekannte bzw. bei sorgfältiger Prüfung erkennbare Pflichtverletzungen bezogen; vgl. *Hüffer*, in: *Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG*, § 46, Rdnr. 73. Vgl. auch *Breit*, JW 1917, S. 657 (658); *Flechtheim*, JW 1920, S. 700 f.

432 Vgl. *Hoffmann*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 120, Rdnr. 36.

433 BGHZ 94, S. 324 (327).

434 Siehe unten S. 105 ff.

435 Vgl. BGHZ 94, S. 324 (327).

436 BGHZ 94, S. 324 (326).

437 *Mülbert*, in: *Großkomm AktG*, § 120, Rdnr. 23, 25; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (305).

438 Vgl. dazu *Kubis*, in: *MünchKomm AktG*, § 120, Rdnr. 26, 35; *Hoffmann*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 120, Rdnr. 31.

439 Siehe oben S. 97.

440 Im Verbandsrecht ist die Klagebefugnis einzelner Verwaltungsmitglieder vor dem Hintergrund der Regelung des § 245 AktG jedoch sehr problematisch. Im GmbH-Recht wird ein Anfechtungsrecht des Geschäftsführers überwiegend abgelehnt; vgl. *K. Schmidt*, in: *Scholz, GmbHG*, § 46, Rdnr. 100.

441 Vgl. dazu etwa *Greger*, in: *Zöller, ZPO*, § 256, Rdnr. 7a; *Reichold*, in: *Thomas/Putzo, ZPO*, § 256, Rdnr. 18.

442 Siehe oben S. 93.

443 Auf der Grundlage der herrschenden Meinung, nach der die Entlastung zusätzlich auch Vertrauensbeweis für die Zukunft sein soll, wäre darüber hinaus erforderlich, dass entweder dem Vorstandsmitglied im Entlastungsbeschluss ausdrücklich das Vertrauen ausgesprochen wurde oder das Vertrauen in die künftige Tätigkeit ausnahmsweise – z.B. wegen zwischenzeitlicher Amtsniederlegung – nicht relevant ist. Außerhalb dieser beiden Fallgruppen würde das in Bezug auf die Aussage zum Vertrauen bestehende freie Ermessen dazu führen, dass eine Verweigerung der Entlastung nicht als fehlerhaft angesehen werden kann.

444 Zum Begriff des Berühmens vgl. BGHZ 91, S. 37 (41); *Greger*, in: *Zöller, ZPO*, § 256, Rdnr. 14a.

445 *K. Schmidt*, ZGR 1978, S. 425 (439 ff.); *Koppensteiner/Gruber*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG*, § 46, Rdnr. 32; *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (306).

446 *Tellis*, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung, S. 139 ff.; *Borsche*, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaften, S. 171 ff.; *Greger*, in: *Zöller, ZPO*, § 256, Rdnr. 14a; OLG Köln, NJW-RR 1997, S. 483. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2, S. 356, will bei einer Entlastungsverweigerung die latente Drohung mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen

ausreichen lassen, um das Feststellungsinteresse zu begründen.

447 Vgl. *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (306).

448 Vgl. auch *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 37.

449 *Rörmann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 312; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 46, Rdnr. 28.

450 Vgl. *Greger*, in: Zöller, ZPO, § 256, Rdnr. 7.

451 *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 37.

452 *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 37; *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG, § 46, Rdnr. 166. Der BGH hat es in der Entscheidung BGHZ 94, S. 324 (329 f.) offen lassen können, ob ein Feststellungsinteresse auch dann besteht, wenn Schadenersatzansprüche lediglich pauschal vorgebracht worden sind. Da sich der BGH im entschiedenen Fall zur Begründung des Feststellungsinteresses aber allein auf die Anspruchsberühmung gestützt hat, spricht vieles dafür, dass er in einem solchen Fall das Feststellungsinteresse verneinen würde; vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 102.

453 *Ahrens*, ZGR 1987, S. 129 (142 f.).

454 Vgl. auch *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 154.

455 *Rörmann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 312.

456 *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 120, Rdnr. 37; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 120, Rdnr. 45; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 100; *Semler*, in: Münch. Hdb. GesR, Band IV, § 34, Rdnr. 29.

457 Vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 100, insbesondere in Fußnote 5.

458 *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 120, Rdnr. 40; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 100; *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 120, Rdnr. 37.

459 Vgl. BGHZ 94, S. 324 (327).

460 BGHZ 94, S. 324 (327); *Weitemeyer*, ZGR 2005, S. 280 (304); *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 46, Rdnr. 42; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 74; *Neflin*, NJW 1959, S. 1666 (1667).

461 Siehe oben S. 16.

462 Siehe oben S. 104.

463 Siehe oben S. 103.

464 Siehe oben S. 105.

465 Unberührt bleibt allerdings das Recht, den Antrag auf Entlastungserteilung gegebenenfalls später erneut zu stellen.

466 Dies wird gerade dann, wenn unterschiedliche Einschätzungen zur Bewertung der Geschäftsführung bestehen, nur selten der Fall sein. Regelmäßig werden die Organmitglieder, die Entlastung erteilen wollen, einen entsprechenden Antrag stellen. Liegt aber sowohl ein Antrag auf positive Entlastungserteilung als auch ein solcher auf ausdrückliche Entlastungsverweigerung vor, wird der Versammlungsleiter in der Regel allein über die Entlastungserteilung abstimmen lassen. Es ist nicht erforderlich, über beide Anträge gesondert abzustimmen. Vgl.

- Kubis, in: MünchKomm AktG, § 120, Rdnr. 26.
- 467 BGH, WM 1993, S. 2169 (2170).
- 468 Zum Feststellungsinteresse bei der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines positiven Entlastungsbeschlusses siehe oben S. 99.
- 469 Zu den Aufsichtsrechten bei einer zu Unrecht erteilten Entlastung siehe oben S. 102.
- 470 Siehe oben S. 107.
- 471 Siehe oben S. 14.
- 472 Vgl. *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 26. Ebenso *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 36, Rdnr. 3.
- 473 Vgl. etwa *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 231; *Muscheler*, Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen 2007, S. 59, jeweils m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten.
- 474 A.A. *Koos*, Fiduziarische Person und Widmung, S. 281; *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 423 ff.; *Bruns*, JZ 2009, S. 840 ff.; jeweils mit unterschiedlicher Begründung. Siehe dazu unten S. 120 ff.
- 475 K. *Schmidt*, in: Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa, S. 175 (179 ff.). Zustimmend *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 231; *Rawert*, in: Festschrift für K. Schmidt, S. 1323 (1332 ff.); *ders.*, in: Festschrift für Hopt, S. 177 (182); *Reuter*, in: Münch-Komm BGB, Vor § 80, Rdnr. 109. Kritisch jedoch A. *Werner*, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 962.
- 476 K. *Schmidt*, in: Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa, S. 175 (179 ff.). Vgl. auch *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 231.
- 477 RGZ 105, S. 305 (306 f.); *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 235; *Herzog*, Die unselbständige Stiftung bürgerlichen Rechts, S. 16 f.; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 175; *Beuthin*, in: Münch. Hdb. GesR, Band V, § 77, Rdnr. 9. Differenzierend *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 112; *Ellenberger*, in: Palandt BGB, Vor § 80, Rdnr. 10; *Neuhoff*, in: Soergel BGB, Vor § 80, Rdnr. 30, die § 87 BGB auch auf unselbstständige Stiftungen anwenden wollen.
- 478 Vgl. *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 16; *Schlüter*, Stiftungsrecht, S. 57.
- 479 *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 36, Rdnr. 19; *Herzog*, Die unselbständige Stiftung bürgerlichen Rechts, S. 16 f.
- 480 *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 104; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 252; *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 79; O. *Schmidt*, ZEV 2003, S. 316 f.; *Wachter*, Stiftungen, Teil F, Rdnr. 12.
- 481 *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 188 ff.
- 482 *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 104 ff.; *Schlüter*, Stiftungsrecht, S. 59 f.; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 241

ff.; *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 49 ff.

- 483 BGH, NJW 2009, S. 1738; *Muscheler*, Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen 2007, S. 59 (72 ff.); *Schwake*, in: Münch. Hdb. GesR, Band V, § 79, Rdnr. 63; § 83, Rdnr. 3; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 36, Rdnr. 30; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, § 3, Rdnr. 11 ff.; *Wochner*, MittRhNotK 1994, S. 89 (104 ff.); *Wachter*, Stiftungen, Teil F, Rdnr. 11.
- 484 Sog. Übertragungstreuhand. Daneben besteht auch die Möglichkeit einer sog. Vereinbarungstreuhand, bei der es im Außenverhältnis zu keiner Übertragung von Vermögenswerten kommt, sondern die Parteien des Treuhandverhältnisses darüber einig werden, dass der Eigentümer bzw. Inhaber der Vermögenswerte künftig nur noch gemäß den Vorgaben des Treugebers über diese verfügt.
- 485 *Coing*, Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 109 ff.; *Steffen*, in: BGB-RGRK, § 662, Rdnr. 7.
- 486 *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 38 f.
- 487 Denkbar ist hier allein eine sog. uneigennützige Treuhand (Verwaltungstreuhand), weil die Treuhand hier – anders als bei der sog. eigennützigen Treuhand (Sicherheitstreuhand) – nicht in erster Linie den Interessen des Treuhänders dient; vgl. *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 41 ff. Dem steht nicht entgegen, dass der Stiftungsträger diese Funktion nur dann übernehmen wird, wenn er sich mit den Stiftungszwecken identifizieren kann.
- 488 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 243; *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 38.
- 489 *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 36, Rdnr. 80; *Beckmann*, in: Strachwitz/Mercker, Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis, S. 220 (225); *P. Meyer*, in: Strachwitz/Mercker, Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis, S. 228 (233). *Westebbe* weist bei der gemeinnützigen unselbstständigen Stiftung dieses Recht hingegen den Destinatären und den nach Beendigung des Treuhandverhältnisses Anfallsberechtigten zu. Inhaltlich sollen diese Rechte nicht auf Herausgabe des Stiftungsvermögens an die Auseinandersetzungsberechtigten, sondern auf Freigabe durch den Insolvenzverwalter bzw. Vollstreckungsgläubiger zum Zwecke der Weiterverwaltung durch den Stiftungsträger gerichtet sein. Vgl. *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 147 ff.
- 490 Zum funktionalen Stiftungsbegriff vgl. *Rawert*, in: Jakob, Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und Europa, S. 23 (27 ff.).
- 491 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 3, 242.
- 492 *Pues/Scheerbarth*, Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, S. 87; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 255. A.A. *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 101 ff.
- 493 *Pues/Scheerbarth*, Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, S. 83; *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 68; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 175.

- 494 RGZ 62, S. 386 (390); *Koch*, in: MünchKomm BGB, § 516, Rdnr. 11; *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger BGB (2005), § 516, Rdnr. 26.
- 495 Anders sei dies nur bei einer juristischen Person als Stiftungsträgerin, deren Zwecke sich ganz oder teilweise mit dem Stiftungszweck decken. Da die juristische Person nicht von ihrem Zweck isoliert betrachtet werden könne, sei die Verwendung für den Stiftungszweck gleichzeitig auch Eigenverwendung, so dass eine Bereicherung ausnahmsweise zu bejahen sei. Vgl. RGZ 71, S. 140 (142 f.); *Pues/Scheerbarth*, Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, S. 83; *Liermann*, in: Franz/Liermann/Nedder/Pölnitz, Deutsches Stiftungswesen 1948-1966, S. 229 (236 f.); *Koch*, in: MünchKomm BGB, § 516, Rdnr. 12; § 525, Rdnr. 5;
- 496 *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 49 ff.
- 497 Anders wäre dies nur dann, wenn man für die Frage der Bereicherung bei der Auflagenschenkung auch immaterielle Vorteile für relevant hielte (so etwa *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger BGB (2005), § 525, Rdnr. 2). Trotz wirtschaftlicher Gleichwertigkeit von Zuwendung und Auflagenverpflichtung könnten dann die immateriellen Vorteile zu einer Bereicherung und damit Schenkung führen und so den Anwendungsbereich von § 526 BGB eröffnen. Dies vertreten insbesondere auch *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 250. Maßgeblich sei, ob dem Beschenkten (Stiftungsträger) nach dem Parteiwillen ein Vorteil verbleibe, weil der Vollzug der Auflage auch seinen eigenen Interessen diene. Da nur derjenige, der sich mit dem Stiftungszweck identifiziere, die Position des Stiftungsträgers übernehmen werde, sei dies bei der unselbstständigen Stiftung stets der Fall. Dabei mache es keinen Unterschied, ob der Stiftungsträger eine natürliche oder juristische Person sei.
- Gegen die Berücksichtigung immaterieller Vorteile bei der Auflagenschenkung spricht jedoch, dass bei der einfachen Schenkung die Frage der Bereicherung nach ganz herrschender Meinung rein objektiv beurteilt wird (vgl. RGZ 62, S. 386 (390); *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger BGB (2005), § 516, Rdnr. 26; *Koch*, in: MünchKomm BGB, § 516, Rdnr. 11; *Herrmann*, in: Erman BGB, § 516, Rdnr. 6). Warum dies bei der Auflagenschenkung anders gehandhabt werden soll, erschließt sich nicht.
- 498 *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 53.
- 499 NJW 2009, S. 1738.
- 500 *Hüttemann/Rawert*: in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 245.
- 501 *Koos*, Fiduziarische Person und Widmung.
- 502 *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht. Ähnlich auch *Bruns*, JZ 2009, S. 840 ff.
- 503 Zum Streitstand vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), § 81, Rdnr. 24 ff.; *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, S. 234 ff., 252 ff.; *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, S. 200 ff.
- 504 In der Literatur werden auch auf der Grundlage der Auflagenschenkung und des

Treuhandvertrags Versuche unternommen, zu einer vollständigen Immunisierung der unselbstständigen Stiftung gegen den Zugriff der Eigengläubiger des Stifters bzw. Stiftungsträgers zu gelangen. Auf der Grundlage einer Auflagenschenkung vgl. insbesondere *K. Schmidt*, in: Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa, S. 175 (184 f.), und *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 101 ff. Auf der Grundlage eines Treuhandvertrags *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 147 ff.

505 *Koos*, Fiduziarische Person und Widmung, S. 298.

506 *Koos*, Fiduziarische Person und Widmung, S. 354 f.

507 *Koos*, Fiduziarische Person und Widmung, S. 354.

508 *Heiner*, ZSt 2004, S. 216 f.; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 233.

509 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 233.

510 *Koos*, Fiduziarische Person und Widmung, S. 253 f., 347 f.

511 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 233. Zur Kritik am Ansatz von *Koos* vgl. auch *Reuter*, in: MünchKomm BGB, Vor § 80, Rdnr. 119.

512 *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 423 ff.

513 Ähnlich argumentiert auch *Bruns*, JZ 2009, S. 840 ff. Dieser geht allerdings noch einen Schritt weiter und will in der von ihm postulierten, nicht unter staatlicher Stiftungsaufsicht stehenden, rechtsfähigen fiduziarischen Stiftung sogar eine juristische Person erkennen, vgl. *Bruns*, JZ 2009, S. 840 (846). Dogmatisch ist dieses Ergebnis allerdings nicht haltbar. So führt *Bruns* zugleich selbst aus, dass die fiduziarische Stiftung durch Abschluss eines auf eine Stiftungssatzung gestützten Organisationsvertrags zwischen dem Stifter und dem Stiftungsorgan, das das Stiftungsvermögen verwaltet, entstehe und damit nichts anderes als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei, vgl. *Bruns*, JZ 2009, S. 840 (845). Wie dann aber aus der gegebenenfalls rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine juristische Person werden soll, vermag *Bruns* nicht zu begründen. Diese Gleichstellung missachtet vielmehr die grundlegenden dogmatischen Unterschiede zwischen Personengesellschaften und Körperschaften, vgl. dazu etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 46 f., 206 ff. Zur Kritik an *Bruns* siehe auch *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 247.

514 *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger BGB (2011), Vor §§ 80 ff., Rdnr. 247.

515 Siehe oben S. 37.

516 Die „zuständige Behörde“ wird durch das BGB nicht festgelegt. Die Zuständigkeit kann sich aus Bundes-, Landes-, gemeindlichem oder kirchlichem Recht ergeben. Fehlt es an einer ausdrücklichen Zuständigkeitsregelung, ist die Behörde zuständig, die nach der allgemeinen öffentlichrechtlichen Zuständigkeitsregelung für die Wahrnehmung des entsprechenden betroffenen Interesses zuständig ist; vgl. *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger BGB (2005), § 525, Rdnr. 43. Zur Parallelnorm des § 2194 BGB vgl. *Mayer*, in: NK-BGB, § 2194, Rdnr. 11; *Otte*, in: Staudinger

BGB (2013), § 2194, Rdnr. 11.

- 517 *Rawert*, in: Hoffmann-Becking/Rawert, Beck'sches Formularbuch, I 26, Anm. 16; *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 83.
- 518 Vgl. *Wochner*, MittRhNotK 1994, S. 89 (97); *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 84; *Muscheler*, Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen 2007, S. 59 (63). A.A. *Otte*, in: Staudinger BGB (2013), § 2194, Rdnr. 9; *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 108.
- 519 *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 73.
- 520 Vgl. im Einzelnen zu den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung *Busche*, in: Münch-Komm BGB, § 157, Rdnr. 26 ff.; *Roth*, in: Staudinger BGB (2010), § 157, Rdnr. 11 ff.
- 521 Vgl. *Koch*, in: MünchKomm BGB, § 527, Rdnr. 1; *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger BGB (2005), § 527, Rdnr. 1.
- 522 Ein von diesen allgemeinen Regeln abweichendes Ergebnis ist denkbar, wenn man sich die unselbständige Stiftung als virtuellen Rechtsträger vorstellt. Dieser würde durch eine pflichtwidrige Aufлагenerfüllung selbst geschädigt werden. Zwar existiert ein solcher Rechtsträger tatsächlich nicht, die Beteiligten können aber – gegebenenfalls auch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung – verpflichtet sein, einander so zu stellen, als ob es ihn gäbe. Vom Stiftungsträger könnte folglich verlangt werden, dass er das von ihm verwaltete Sondervermögen so weit wieder auffüllt, wie es bei ordnungsgemäßer Aufлагenerfüllung bestanden hätte. Dieser Anspruch würde sich aber nicht aus allgemeinem Schadenersatzrecht ausgeben, sondern wäre vertraglicher Natur. Vgl. dazu im Einzelnen unten S. 133.
- 523 Der Eintritt eines Schadens sei ausgeschlossen, weil der Vollziehungsberechtigte keinen Anspruch auf Leistung an sich selbst und der Begünstigte überhaupt keinen Anspruch habe. Vgl. *Schlichting*, in: MünchKomm BGB, § 2194, Rdnr. 9.
- 524 Zum Anspruch aus § 2194 BGB vgl. *Weidlich*, in: Palandt BGB, § 2194, Rdnr. 1. Gleiches muss auch für den Anspruch aus § 527 BGB gelten.
- 525 Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn sich aus dem Stiftungsgeschäft ergibt, dass eine solche Verfügungsbefugnis nicht eingeräumt sein soll. Da das Rechtsverhältnis „unselbstständige Stiftung“ grundsätzlich frei ausgestaltet werden kann, ist es zulässig, Verfügungen über Sanktionsansprüche von der Zustimmung Dritter abhängig zu machen.
- 526 Vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 36, Rdnr. 90; *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 85 ff.; *A. Werner*, in: Werner/Saenger, Die Stiftung, Rdnr. 981; *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 85 ff. Zur praktischen Ausgestaltung vgl. z.B. das Muster I 32 von *Rawert*, in: Hoffmann-Becking/Rawert, Beck'sches Formularbuch.
- 527 *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 85; *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 85.
- 528 Die Rechtsstellung der Gremienmitglieder ist im Einzelnen umstritten. *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 86, ordnet sie als Erfüllungsgehilfen des Stiftungsträgers

ein. Richtiger Weise sind die Gremienmitglieder jedoch ebenfalls Beteiligte des Rechtsverhältnisses zwischen Stifter und Stiftungsträger; vgl. *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 86 ff. Dagegen allerdings *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 36, Rdnr. 90, in Fußnote 161, der davon ausgeht, dass die Mitglieder des Gremiums allein in einem Vertragsverhältnis zum Stiftungsträger stehen.

529 Siehe oben S. 79.

530 Siehe oben S. 48 ff.

531 Siehe oben S. 79.

532 Siehe oben S. 10.

533 Siehe oben S. 126.

534 *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 78 f.; *K. Schmidt*, in: Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa, S. 175 (187).

535 Siehe oben S. 82.

536 Vgl. *Teichmann*, JA 1985, S. 497 (501); *Roth/Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242, Rdnr. 291; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger BGB (2009), § 242, Rdnr. 297.

537 RGZ 89, S. 396; BGH, NJW 1969, S. 131; WM 1976, S. 736 (737); *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 94; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 62; *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG, § 46, Rdnr. 147.

538 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 94; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 66.

539 Abzulehnen ist die Entscheidung des BGH, NJW 1969, S. 131, soweit er darin für die Präklusionswirkung die Erkennbarkeit für einen Mehrheitsgesellschafter ausreichen lässt, wenn dieser auch Geschäftsführer ist. Dies würde die Präklusionswirkung zulasten der schutzwürdigen Interessen der Minderheitsgesellschafter bzw. hier der weiteren Mitglieder des Aufsichtsgremiums zu stark ausweiten. Vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 94; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 285.

540 *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 94; *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 81.

541 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 94; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 46, Rdnr. 28; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 282.

542 Zu anderen Sanktionen vgl. *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 105 ff.

543 *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 158.

544 *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 73.

545 *Barner*, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, S. 75.

546 *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im

öffentlichen Recht, S. 80.

- 547 *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 281; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 65.
- 548 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 95; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46, Rdnr. 41; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 46, Rdnr. 67.
- 549 *Knoche*, Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht, S. 110 f.; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 46, Rdnr. 291.
- 550 Siehe oben S. 92.
- 551 Siehe oben S. 94.
- 552 BGHZ 153, S. 47 (51).
- 553 Siehe oben S. 95.
- 554 Siehe oben S. 95.
- 555 Dies gilt jedenfalls für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden. Beim Stiftungsgeschäft von Todes wegen sind die Beteiligten grds. an den Willen des Erblassers gebunden. Fehlt eine ausdrückliche Änderungsbefugnis, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob eine Änderung der Stiftungssatzung möglich sein soll. Vgl. *Herzog*, Die unselbständige Stiftung des bürgerlichen Rechts, S. 90 f.
- 556 Die Zustimmung der Stiftungsdestinatäre ist demgegenüber auch dann nicht erforderlich, wenn diesen ein Leistungsanspruch eingeräumt worden ist. Der Leistungsanspruch begründet nicht automatisch auch einen Anspruch auf Einhaltung aller sich aus dem Stiftungsgeschäft sonst ergebenden Pflichten. Bezogen auf die Entlastung bleibt es vielmehr dabei, dass diese den Leistungsanspruch des Destinatärs als solchen unberührt lässt. Der Destinatär wird nur mittelbar über die mit der Entlastung gegebenenfalls einhergehende Verringerung des Stiftungsvermögens betroffen.
- 557 Siehe oben S. 61.
- 558 Zum GmbH-Recht vgl. z.B. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 45 ff.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 11 ff.; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 73 ff.
- 559 Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 611 f. A.A. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46, Rdnr. 99; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 296, die auch bei einem kollusiven Zusammenwirken der Mehrheit der Gesellschafter mit dem Geschäftsführer nur von einer Anfechtbarkeit des Beschlusses ausgehen.
- 560 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 610 f.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 46, Rdnr. 27.
- 561 Zu den Unterschieden der verschiedenen Klagearten und ihrer Abgrenzung vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 45, Rdnr. 44 ff.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 30.
- 562 Zur Klagebefugnis eines Gesellschafters einer GmbH vgl. *Zöllner*, in:

- Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 69; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 234.
- 563 Zur Klagebefugnis eines Gesellschafters einer GmbH vgl. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 137; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 60.
- 564 Vgl. *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 433.
- 565 Vgl. zur GmbH z.B. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 47, Rdnr. 63.
- 566 Vgl. zur GmbH BGHZ 137, S. 378 (386); BGH, DStR 2009, S. 2113.
- 567 Siehe oben S. 104.
- 568 Siehe oben S. 106 und S. 110.
- 569 Inhaltlich handelt es sich um einen Anspruch auf Auffüllung des vom Stiftungsträger pflichtwidrig verwalteten Sondervermögens.
- 570 Siehe oben S. 109.
- 571 *Schauhoff*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 3, Rdnr. 181.
- 572 Vgl. *Pauli*, in: Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, § 55 AO, Rdnr. 20.
- 573 Vgl. *Pauli*, in: Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, § 55 AO, Rdnr. 20.
- 574 *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rdnr. 161.
- 575 *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rdnr. 163.
- 576 *Bolt*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 10, Rdnr. 8.
- 577 *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rdnr. 163, m.w.N.
- 578 *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rdnr. 163.
- 579 *Bolt*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 10, Rdnr. 85.